Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden

Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung

---

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
GUNTHER ARZT
aus Tübingen

1962

7216

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden

Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung

---

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
GUNTHER ARZT
aus Tübingen

1962

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

Dekan:	Prof. Dr. Joachim Gernhuber
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Erich Fechner
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 23. 7. 1962

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis	.....	V
Abkürzungsverzeichnis	.....	XIV
§ 1 Der geschichtliche Ursprung der Ansichtsformel	.....	1
A Fragestellung	.....	1
B Die Lückenhaftigkeit des geltenden Rechts als Wurzel des Problems	.....	2
C Der Einfluß der Lehre vom Volksgeist auf die Entstehung der Ansichtsformel	.....	5
D Der Einfluß des Klassenkampfgedankens auf die Entstehung der Ansichtsformel	.....	6
§ 2 Die Rechtsprechung zur Anstandsformel	.....	12
A Die RG-Rechtsprechung	.....	12
I. Das Grundsatzurteil des RG	.....	12
II. Die Rspr. bis 1933	.....	14
1. Die Einführung des Durchschnittsmaßes	.....	14
2. Die Beziehung der Sittlichkeit zur Anstandsformel	.....	16
3. Die Rspr. zu den allgemeinen Anstandsbegriffen	.....	17
III. Die N.S.-Rspr.	.....	19
B Die Rspr. nach 1945	.....	20
I. Die Rspr. in der DDR	.....	20
II. Die Rspr. in Westdeutschland	.....	21
1. Höchstrichterliche Entscheidungen vor der Konstituierung des BGH	.....	21
2. Die BGH-Rechtsprechung	.....	21
C Ergebnis	.....	25
I. Die Unverbindlichkeit der Verkehrssitte für die Anstandsformel, veranschaulicht an der Rspr. zu § 1 UWG	.....	25
II. Die Methode der Rspr. zur Ermittlung eines Verstoßes gegen die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden	.....	26
III. Die offenen Fragen	.....	26

		Seite
§ 3	Die theoretischen Grundlagen der Ansichtsformel	29
A	Begründung aus einer übergesetzlichen Wertordnung	29
	I. Inhalt	29
	1. Ausgangspunkt	29
	2. Ableitung der Entscheidung aus dem Naturrecht oder der Sittlichkeit	30
	3. Ableitung der Entscheidung aus der materialen Wertethik	34
	4. Ableitung der Entscheidung aus der Gemeinschaftsidee oder einer Ideologie	37
	II. Ergebnis	39
B	Begründung aus der Natur der Sache	40
	I. Inhalt	40
	II. Ergebnis	41
C	Begründung aus der lieberalistischen Rechtsauffassung	42
	I. Inhalt	42
	II. Ergebnis	43
D	Begründung aus der soziologischen Rechtsauffassung	43
	I. Inhalt	43
	II. Ergebnis	45
E	Begründung aus der demokratischen Grundauffassung	46
	I. Inhalt	46
	1. Ausgangspunkt	46
	2. Gleichheitsgedanke und Durchschnittsformel	47
	3. Mehrheitsgedanke und herrschendes Volksbewußtsein	47
	4. Kritik	52
	a. Die Existenz des Maßstabs	52
	b. Die Ermittlung des Maßstabs	54
	c. Die Beeinflußbarkeit des Maßstabs	57
	d. Die Verwechselung von Norm und empirischem Sein	58
	e. Der Gedanke der Repräsentation	63
	f. Die Beschränkung des Mehrheitsgedankens auf politische Grundsatzfragen	65

		Seite
	II. Ergebnis	70
§ 4	Inhalt und Begründung der Anstandsformel	73
A	Rückschau auf die bisher gewonnenen Ergebnisse	73
B	Eigenes Ergebnis	74
	I. Ausgangspunkt: Fehlen des einheitlichen Wertbewußtseins	74
	II. Inhalt: Wertentscheidung des Richters	74
	1. Die Notwendigkeit einer richterlichen Wertentscheidung	74
	2. Rechtfertigung der Zuständigkeit des Richters aus dem Gedanken der Repräsentation	74
	3. Grundlagen der richterlichen Wertentscheidung	77
	a. Die Offenlegung des Wertkonflikts	78
	b. Die Natur der Sache	78
	c. Die Durchführbarkeit der Entscheidung	78
	d. Vorentscheidungen vergleichbarer Fälle und die Selbstkontrolle innerhalb der Justiz	79
	e. Die Wertungen in der Rechtsgemeinschaft	81
	f. Sittliche Überzeugung und Gerechtigkeitsgefühl des Richters	83
	III. Rechtfertigung des Einflusses des subjektiven Wertgefühls des Richters	84
	1. Umgehung der Notwendigkeit einer Rechtfertigung durch Fehl- und Scheinbegründungen	84
	2. Der Richter als Gesetzgeber	87
	3. Existentielle Entscheidung in einer Grenzsituation	88
	IV. Ergebnis	99
	1. Inhalt der Verweisung auf die guten Sitten	99
	2. Gefundenes Ergebnis und Anstandsformel	99
§ 5	Konsequenzen des Ergebnisses für die Praxis	102
A	Der Standort der Rechtsprechung	102

Seite

I. Keine Bindung an empirische Gegebenheiten 102
II. Neigung zu Begründungen aus einer absoluten Ordnung 103
III. Eigenwertung des Richters 104
B Einzelfragen 104
I. Begründung der Urteile 104
1. Negative Beispiele 105
2. Positive Beispiele 107
II. Konsequenzen für die Ausbildung 108
III. Revisibilität 109
IV. Rechtskraft 110

§ 6 Weitere Anwendungsfälle der Ansichtsformel 113

A Die Ansichtsformel im Bereich der Ästhetik 113
I. Ausgangspunkt 113
II. Ausgestaltungen der Schönheitsformel 114
1. Demokratisierung 114
2. Verabsolutierung 116
III. Ergebnis 116
1. Keine Bindung an empirisches Sein 117
2. Keine Eindeutigkeit der Gesetze der Ästhetik 117
3. Die Schönheitsformel als Appell in Grenzfällen 118
4. Der Bezug zur Gerechtigkeit 118
B Die Ansichtsformel im Bereich von Zucht und Sitte 120

Literaturverzeichnis

I Lehrbücher, Kommentare und Monographien unter Ausschluß der in Zeitschriften veröffentlichten Abhandlungen.

Adickes, Franz : Zur Lehre von den Rechtsquellen, Kassel und Göttingen, 1872.

Bachof, Otto : Grundgesetz und Richtermacht (Tübinger Universitätsreden 6); Tübingen 1959.

: Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Beschränkungen der Grabmalgestaltung durch Friedhofsordnungen; Frankfurt/Main, 1954.

: Ergänzendes Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Beschränkungen der Grabmalgestaltung durch Friedhofsordnungen; Frankfurt/Main 1958. Zitiert: Bachof, Gutachten 2.

Ballweg, Ottmar : Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Basel, 1960.

Baumbach, Adolf und Hefermehl, Wolfgang : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. München und Berlin, 1959.

Beling, Ernst : Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Augsburg, 1923.

Brockhaus, Der Große : (Lexikon) 16. Aufl., 3. Bd. (1953) und 9. Bd. (1956).

Burckhardt, Walther : Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, 2. Aufl.; Zürich, 1944.

Bürgerliche Gesetzbuch, Das : : mit bes. Berücksichtigung der Rspr. des RG und des BGH, Kommentar, bearbeitet von Johannes Denecke u.a.; 11. Aufl., Bd. 1, Berlin, 1959.

Coing, Helmut : Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Heidelberg, 1947.

: Grundzüge der Rechtsphilosophie; Berlin, 1950.

Conrad, Hermann : Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe, 1954.

Dornberger, Gerhard und Kleine, Hans; Klinger, Günther; Posch, Martin : Das Zivilrecht der DDR, Allgemeiner Teil, Berlin, ohne Jahr.

Drews, Bill - Wacke, Gerhard : Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl., Berlin, 1954.

Ehrlich, Eugen : Grundlegung der Soziologie des Rechts; München und Leipzig, 1929 (unveränderter Neudruck der 1. Aufl. 1913).

End, Heinrich : Existentielle Handlungen im Strafrecht. Die Pflichtenkollision im Lichte der Existenzphilosophie von Karl Jaspers; München, 1959.

Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen, 195

Erman, Walter : Handkommentar zum BGB, 2. Aufl., Münster, 1958.

Eschenburg, Theodor : Staat und Gesellschaft in Deutschland; Stuttgart, 1956.

Esser, Josef : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsver-

gleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre; Tübingen, 1956.

Esser, Josef : Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates; Wien, 1949.

Fechner, Erich : Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts; Tübingen, 1956.

: Erwiderung auf das "ergänzende Gutachten" von Prof. Dr. Otto Bachof in Sachen der Grabmalgestaltung (als Manuskript gedruckt); ohne Jahr.
Zitiert: Fechner, Gutachten 2.

Franzen, Hans : Gesetz und Richter. Eine Abgrenzung nach den Grundsätzen des nationalsozialistischen Staates; Hamburg, 1935.

Gierke, Otto : Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht; Leipzig, 1889.

Handwörterbuch, Politisches : : (Lexikon) 2. Bd.; Leipzig, 1923.

Hartmann, Nicolai : Ethik; 2.Aufl., Berlin und Leipzig, 1935.

: Das Problem des geistigen Seins; 2. Aufl., Berlin, 1949.

Heck, Philipp : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz; Tübingen, 1932.

Heidegger, Martin : Sein und Zeit; 6. Aufl., Tübingen, 1949.

Hennies, Wilhelm : Meinungsforschung und repräsentative Demokratie. Zur Kritik politischer Umfragen; Tübingen, 1957.

Huber, Ernst Rudolf : Wirtschaftsverwaltungsrecht; Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen, 1953.

Jaspers, Karl : Philosophie, 2. Aufl.; Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1948.

Jellinek, Walter : Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung; Tübingen, 1913.

Jellinek, Walter	:	Verwaltungsrecht; 3. Aufl., Berlin, 1931
Joers, Paul - Kunkel, Wolfgang - Wenger, Leopold	:	Römisches Recht, Joers - Kunkel: Römisches Privatrecht; 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949.
Jung, Carl Gustav	:	Gegenwart und Zukunft; Zürich und Stuttgart, 1952.
Jung, Erich	:	Das Problem des natürlichen Rechts; Leipzig, 1912.
Kolle, Kurt	:	Psychiatrie. Ein Lehrbuch für Studierende und Ärzte; 3. Aufl. Berlin und München, 1949.
König, Wilhelm - Reinhardt, Rudolf	:	Richter und Rechtsfindung; Berlin und München, 1957.
Koschaker, Paul	:	Europa und das römische Recht; München, Berlin, 1947.
Larenz, Karl	:	Methodenlehre der Rechtswissenschaft; Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960.
Leibholz, Gerhard	:	Die Gleichheit vor dem Gesetz; Berlin, 1925.
	:	Das Wesen der Repräsentation, Berlin und Leipzig, 1929.
	:	Zum Begriff und Wesen der Demokratie (in Strukturprobleme der modernen Demokratie), Karlsruhe, 1958.
Marx, Karl - Engels, Friedrich	:	Ausgewählte Schriften in 2 Bänden; Bd. 1, Stuttgart, 1953.
Maunz, Theodor - Dürig, Günter	:	Grundgesetz, Kommentar; München und Berlin, 1960.
Mugdan, B.	:	Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich; Berlin, 1899.

Oertmann, Paul	:	Gesetzeszwang und Richterfreiheit; Leipzig, 1909.
Palandt, Otto	:	BGB, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, u.a.; 19. Aufl., München und Berlin, 1960.
Radbruch, Gustav	:	Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart, 1956.
	:	Der Geist des englischen Rechts, 2. Aufl., Heidelberg, 1947.
Reichel, Hans	:	Gesetz und Richterspruch; Zürich, 1915.
	:	Zu den Einleitungsartikeln des Schweizer ZGB (Festgabe für Rudolf Stammler); Berlin und Leipzig, 1926.
Reimer, Eduard	:	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht; 3. Aufl. Köln, Berlin, 1954.
Riezler, Erwin	:	Das Rechtsgefühl, 2. Aufl. München, 1946.
Rosenberg, Leo	:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts; 8. Aufl. München und Berlin, 1960.
Rosenthal, Alfred	:	Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Bestimmungen des Warenzeichengesetzes systematisch erläutert; 6. Aufl., Berlin, 1927.
Rotberg, Hans Eberhard	:	Zu einem Richtergesetz, Tübingen 1950.
Rousseau, Jean-Jacques	:	Du Contrat Social ou Prinzipes du Droit politique; Paris, Ernest Flammarion, ohne Jahr.
Rümelin, Gustav	:	Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, Freiburg, 1948.
Rümelin, Max	:	Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein; Tübingen, 1925.
Rumpf, Max	:	Gesetz und Richter; Berlin, 1906.
Sauer, Wilhelm	:	Juristische Methodenlehre; Stuttgart, 1940.

Sauer, Wilhelm : Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart, 1929.

Savigny, Friedrich Carl v. : Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; 2. Aufl., Heidelberg, 1828.

Scheler, Max : Der Formalismus in der Ehtik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch zur Grundlegung eines ethischen Personalismus; 4. Aufl., Bern, 1954 (= Bd. 2 der Gesammelten Werke).

Schmidt, Eberhard : Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus; Karlsruhe, 1952.

Schmitt, Carl : Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis; Berlin, 1912.

: Der Begriff des Politischen; Hamburg, 19

: Verfassungslehre; München und Leipzig, 1928.

: Politische Theologie, 4 Kapitel zur Lehre von der Souveränität; München und Leipzig, 1922.

Schönfeld, Walther : Von der Rechtserkenntnis; Berlin, 1931.

Simitis, Konstantin : Gute Sitten und ordre publik. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 I BGB; Marburg, 1960.

Stammler, Rudolf : Die Lehre vom richtigen Recht; 2. Aufl., Halle, 1926.

: Der Richter; Donauwörth, Berlin, 1924.

Staudinger, J. v. : Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; 1. Bd. Allgemeiner Teil erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Aufl., Berlin, 1957.

Stiller, Günther : Die Auswirkungen der materialen Wertethik im Recht der Gegenwart. Diss. Tübingen 1955.

Stratenwerth, Günther : Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"; Tübingen, 1957.

Tetzner, Heinrich : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; 2. Aufl., Köln 1957.

Weinkauff, Hermann : Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland; Tübingen, 1952.

Weischedel, Wilhelm : Recht und Ethik, Karlsruhe, 1956.

Welzel, Hans : Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie; Göttingen, 1951.

Wieacker, Franz : Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung; Karlsruhe, 1958.

: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 1952.

Wolff, Hans-Julius : Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch; München und Berlin, 1956.

Zitelmann, Ernst : Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; 2. Teil, Berlin, 1890.

II In Zeitschriften veröffentlichte Abhandlungen.

Arndt, Adolf : Strafgewalt der Finanzämter ? Zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt; NJW 1959, 605.

Benjamin, Hilde : Gedanken zur Richterwahl, NJ 1958, 617.

Brecher, Fritz : Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen, 1958 (S. 227 ff.).

Buchholz, Erich : Fragen der Strafzumessung und ihrer gesetzlichen Regelung; NJ 1958, 746.

Dahrendorf, Ralf : Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht; in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik; 5. Jahr; Tübingen, 1960 (S. 260 ff.).

Dürig, Günter : Staatsformen, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9, Stuttgart, Tübingen, Göttingen, 1956 (S. 742 ff.).

Fechner, Erich : Gutachten über die Rechtsgültigkeit von Friedhofsordnungen, die eine einheitliche Gestaltung der Begräbnisstätten bezwecken; Friedhof und Denkmal, 1958, Nr. 11/12.
Zitiert: Fechner, Gutachten 1.

: Naturrecht und Existenzphilosophie, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 41, S. 305 ff.

Fischerhof, : Zur Rechtsnatur des Stromlieferungsvertrags; NJW 1954, 1874.

Friedrich, Carl Joachim : Demokratie, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 2. Band; Stuttgart, Tübingen, Göttingen, 1959 (S. 560 ff.).

Göppinger, Hans : Zur Kriminologie der Verkehrsdelikte; NJW 1959, 2281.

Heck, Philipp : Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; AcP 112, 1.

Hölder, E. : Zum allg. Teil des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Unerlaubte Rechtsgeschäfte; AcP 73, 100.

Joerges, Rudolf : Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten; Zeitschrift für Rechtsphilosophie; Bd. 1, 208.

Kollektiv der Justizverwaltungsstelle Potsdam	:	Einige Fragen des dialektischen Materialismus, NJ 1958, 584.
Larenz, Karl	:	Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine rechtsmethodologische Untersuchung; in Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen, 1958 (S. 275 ff.).
Neubeck, Rudolf	:	Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt; NJW 1959, 1953.
Peretiatkowicz, A.v.	:	Der Methodenstreit in der Rechtswissenschaft; Grünhuts Zeitschrift Bd. 39, 555.
Richter, Walther	:	Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufs- und sozialistische Analyse; in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 5. Jahr, Tübingen 1960 (S. 241 ff.).
Rümelin, Max	:	Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts; AcP 122, 145.
Schmidt, Eberhard	:	Schlägermensur und Strafrecht; JZ 1954, 269.
Schuler, -	:	Tatfragen und Rechtsfragen im zivilen Revisionsverfahren, in NJW 1961, 4 ff.
Thyssen, Johannes	:	Staat und Recht in der Existenzphilosophie, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 41, S. 1 ff.
Weinkauff, Hermann	:	Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des BGH, in NJW 1960, 1689 ff.
Wengler, Wilhelm	:	Über die Unbeliebtheit der Juristen; NJW 1959, 1705.
Wunschel, W.	:	Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt; NJW 1959, 1953.
Wüstendörfer, Hans	:	Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung; AcP 110, 119.

Abkürzungsverzeichnis

ACP	=	Archiv für Civilistische Praxis
BaugestVO	=	Baugestaltungsverordnung
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich
BGB RGRK	=	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, vgl. im Lit. V. I unter "Bürgerliches Gesetzbuch".
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt	=	Amtliche Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	=	Amtliche Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BRS	=	Baurechtssammlung
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
CC	=	Code Civil
GrS	=	Großer Senat
GRUR	=	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
HEZ	=	Höchstrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen
HRR	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HWB	=	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
Kollektiv	=	vgl. unter Lit. V. II "Kollektiv"
Lit. V.	=	Literaturverzeichnis
LM	=	Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des BGH
MRG	=	Militärregierungsgesetz
NJ	=	Neue Justiz
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OGDDR	=	Oberstes Gericht der Deutschen Demokratischen Republik
OGH	=	Oberster Gerichtshof der Britischen Zone
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht

PrALR	=	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrOVG	=	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RArbBl	=	Reichsarbeitsblatt
Reichel, Festgabe	=	Reichel, Hans: Zu den Einleitungsartikeln des Schweizer ZGB (Festgabe für Rudolf Stammler) 1926
RG	=	Reichsgericht
RGSt	=	Amtliche Entscheidungssammlung des RG in Strafsachen
RGWarn	=	Warneyers Rechtsprechung des RG
RGZ	=	Amtliche Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen
Rspr.	=	Rechtsprechung
SächsOVG	=	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
StGB	=	Strafgesetzbuch
UWG	=	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VGS	=	Vereinigte Große Senate
ZS	=	Zivilsenat

§ 1 DER GESCHICHTLICHE URSPRUNG DER ANSICHTSFORMEL

A. FRAGESTELLUNG

Wenn man danach fragt, was unter der "Ansicht aller billig und gerecht Denkenden" - im folgenden kurz Ansichtsformel genannt - zu verstehen ist und welche Rolle diese Ansicht in unserer Rechtsordnung spielt, so fällt eine genaue Antwort zunächst schwer. In vielen, bei flüchtigem Hinsehen ohne inneren Zusammenhang scheinenden Einzelfällen berufen sich Urteile auf diese Ansicht, und umgekehrt rügt fast jede Urteilsschelte, vor allem, wenn sie von Laien herrührt, die Unvereinbarkeit des kritisierten Ergebnisses mit dem, was ein gerecht Denkender für richtig ansieht. Die Vagheit der Formel erschwert das Problem weiter; die Abgrenzung zu Begriffen wie Entscheidung im Einklang mit der Gerechtigkeit oder der öffentlichen Meinung wird problematisch.

Ausgangspunkt für jeden Versuch, diesen Abgrenzungsschwierigkeiten im einzelnen nachzugehen und Umfang und Art der Fälle zu ermitteln, in denen die Ansichtsformel herangezogen wird, muß die Feststellung bilden, daß diese "Ansicht aller billig und gerecht Denkenden" bei der Frage nach dem "rechten" Urteil relevant wird. Geht man von dieser sehr allgemeinen Feststellung aus noch einen Schritt weiter, so folgt aus ihr als selbstverständlich, daß nach der Bedeutung dieser Formel sinnvoll nur dort geforscht werden kann, wo das rechte Urteil problematisch ist. Es mag sein, daß es einmal eine Zeit gegeben hat, in der jedem Glied der Gemeinschaft die Richtigkeit der Rechtssprüche intuitiv so eingeleuchtet hat, daß für weitere Fragen kein Raum mehr blieb. Ob dieser Zustand ursprünglich im germanischen oder römischen Recht tatsächlich geherrscht hat, wie es nach den heutigen Schilderungen der Rechtsfindung im Ding[1] oder in der Volksversammlung[2] scheinen könnte, oder ob diesen Darstellungen weniger ein gesichertes geschichtliches Wissen als eine idealisierende Betrachtung zugrunde liegt, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Jedenfalls ging diese einheitliche Rechtsüberzeugung aller Rechtsgenossen in allen Rechtsfragen schon in den Anfängen unserer Überlieferung verloren und seitdem ist das zentrale Problem jeder Rechtsfindung der Maßstab für die Richtigkeit der gefundenen Entscheidung.

---

1) vgl. Conrad, a.a.O. S. 42 f.
2) vgl. Jörs - Kunkel, a.a.O. S. 1

B. DIE LÜCKENHAFTIGKEIT DES GELTENDEN RECHTS ALS WURZEL DES PROBLEMS

Liegt demnach der Ansichtsformel die Frage nach dem Maßstab für die Richtigkeit eines Urteils zugrunde, so folgt daraus zunächst, daß nur die Fälle in Betracht kommen, in denen die Entscheidung durch das geltende Recht nicht eindeutig vorgezeichnet ist. Wo nämlich das geltende geschriebene und Gewohnheitsrecht eine klare Antwort gibt, haben sich die Rechtsgenossen darauf geeinigt, die gesetzliche Regelung als verbindlich und das ihr entsprechende Urteil als richtig anzusehen. Diese Friedensfunktion der Rechtsordnung[3] läßt sich dabei auf die Sachverhalte erstrecken, die das Gesetz nicht unmittelbar geregelt hat, deren Lösung sich aber aus der gesetzlichen Ordnung anderer, verwandter Fälle entnehmen läßt.

Eine andere Situation liegt aber dann vor, wenn das Gesetz den Fall nicht selbst entscheidet, sondern nur seinerseits auf einen anderen vagen Maßstab verweist und diesen damit ohne nähere Erklärung verrechtlicht. Hier ist die Ungewißheit, was "Recht" ist, in Wahrheit ungelöst geblieben und wegen des uneinheitlichen Rechtsbewußtseins der Rechtsgenossen wird hier die Frage nach dem Maßstab bzw. der näheren Bestimmung eines zu unbestimmten Maßes wieder aktuell. Hier beginnt der eigentliche Bereich der Ansichtsformel. Ihre Bedeutung wird dann offenbar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß diese Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung[4] unvermeidlich ist. Die entgegengesetzte, heute als Begriffsjurisprudenz verschrieene Meinung, die alle vorhandenen Einzelfälle durch rationale Ableitung aus dem Gesetz lösen zu können glaubte, hat zuletzt im PrALR 1794 Ausdruck gefunden; über ihre Unhaltbarkeit ist man sich Anfang unseres Jahrhunderts

---

3) dazu Fechner, Rechtsphilosophie S. 141; Radbruch, Rechtsphilosophie S. 169. - Die Möglichkeit, daß die Rechtsgenossen auch in den Grundfragen nicht mehr übereinstimmen, mit der daraus resultierenden Gefahr, daß die Rechtsordnung als Ganzes nicht mehr anerkannt wird, soll hier außer Betracht bleiben. Hinweise dazu in § 3 der Arbeit.

4) Terminologisch übereinstimmend Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 337, der diese Fälle, wo die Lücke nicht dadurch zum Ausdruck kommt, daß das Gesetz gar nichts über den konkreten Fall sagt, sor

klar geworden[5].

Diesen verbleibenden ungewissen Bereich mit der Ansicht aller billig und gerecht Denkenden als Richtschnur zu lösen, wurde erstmals 1888 in den Motiven zum BGB[6] im Rahmen einer Interpretation des Begriffes der "guten Sitten" unternommen. Neu ist dabei nicht etwa der Begriff der guten Sitten, - er ist nichts als die Übersetzung der boni mores des römischen Rechts -, [7] sondern der Versuch, diesen vagen Begriff mit dem Kriterium der Ansichtsformel meßbar zu machen. Wenn die Materialien dabei aaO. vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" sprechen, machen sie deutlich, daß die Formulierung "Ansicht aller billig und gerecht Denkenden" inhaltsleer ist. Im Rahmen der guten Sitten muß diese Ansicht natürlich als Meinung über das mit den guten Sitten Vereinbare verstanden werden. Weil mit diesem Begriff Vorstellungen über das anständige Verhalten für das Recht relevant gemacht werden sollten, wandelte sich die formale Ansichtsformel in die materiale Anstandsformel (= Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden = Ansicht aller billig und gerecht Denkenden über das Anständige) [8] [9]. Mit den guten Sitten wird also auf das sittliche Empfinden verwiesen, auf die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden über Fragen der Sittlichkeit. Das geht - trotz einer Ablehnung des Antrags, gegen die guten Sitten durch "wider die Sittlichkeit" zu erset-

---

dern wo der Gesetzgeber sein Unvermögen erkannt hat und sich mit einer Generalklausel begnügt, ebenfalls unter das Stichwort "Lücke" einreiht.

5) vgl. Fechner, Rechtsphilosophie S. 41 f., 110; Radbruch S. 211.

6) Motive in Mugdan, Bd. 2, 727.

7) vgl. Gierke a.a.O. S. 168 f.

8) So wie das Taktgefühl eines Menschen mit seiner Meinung über das in der jeweiligen Situation Taktvolle gleichgesetzt werden kann.

9) Wie mannigfaltig die möglichen Inhalte der Ansichtsformel sind (dazu auch unten in § 6), wird an der "Geschichte" dieser Untersuchung deutlich. Ihre Wurzel liegt in der zwischen Bachof (Gutachten 1 und 2, durchgehend) und Fechner (Gutachten 1 und 2, durchgehend) streitigen Frage, ob Friedhofsverwaltungen mit ihren Vorschriften über Grabmalgestaltung nur das nach dem "Durchschnittsempfinden" Störende verbieten dürfen. Von anderen Bedenken gegen diese Einschränkung abgesehen wurde von Fechner vor allem die Berechtigung des Rückgriffs auf die Durchschnittsauffassung bezweifelt; Zweifel, die in seinem rechtsphilosophischen Seminar diskutiert wurden. Als Teilnehmer dieses Seminars bekam ich damals so den Faden in die Hand, der mich schließlich zu dieser Arbeit führen sollte.

zen[10] - schon aus den Materialien hervor[11] und war in den ersten Stellungna
men des Entwurfs nahezu allgemeine Meinung[12]. Daß mit den guten Sitten u
damit auch mit der Anstandsformel das Unsittliche rechtlich verurteilt we
den sollte, war schon damals eine gesicherte geschichtliche Erkenntnis[13], den
schon das "contra bonos mores" der Digesten und die entsprechenden Bestimmu
gen im PrALR bzw. im CC waren so interpretiert worden[14]. Die Formulierung
"Anstandsgefühl" verfolgte dabei den Zweck, auszuschließen, daß unsittlich zu
eng im Sinne der Sittlichkeitsdelikte des StGB aufgefaßt werden könnte. Nach
dem klaren Inhalt der Materialien [10] sollte der Begriff vielmehr so umfassend
interpretiert werden, daß er z.B. die -- für eine Analogie nicht mehr hinreiche
faßbaren - Grundkräfte und Strömungen der Rechtsordnung mit einbezieht und
für die Lösung der Einzelfragen meßbar macht[15]. Der bestehende enge Bezug
zwischen den Wertungen unsittlich und ungerecht wird durch die Gleichsetzung
von unsittlich und rechtswidrig in diesem Teilbereich realisiert. Dabei werden
durch den Hinweis auf Anständigkeit und Billigkeit die sittlichen Gebote quasi
gemeinverständlich gemacht.

---

10) Protokolle in Mugdan, Bd. 1, 725; vgl. dazu auch Simitis aaO. S. 4.

11) Mugdan Bd. 1, 212.

12) z.B. Gierke aaO. S. 168 f., Hölder aaO. S. 102, Zitelmann a
S. 58; anders aber der Abgeordnete Stadthagen (Mugdan Bd. 1, 1019)
der sich gegen das Durcheinander von guten Sitten und Sittlichkeit scharf
verwahrt. Weitere Nachweise bei Simitis aaO. S. 5.

13) darüber Hölder, aaO S. 102 f. .

14) D 28, 7, 15; Einl. PrALR § 49; Art. 900, 1133, 1387 CC.

15) Der Vorschlag Simitis' (aaO. durchgehend, vgl. bes. S. 64 ff., 169, 197
die guten Sitten auf den Sittlichkeitsverstoß i.S. des StGB zu beschränken
und daneben den von den Materialien (Mugdan Bd. 1, 725) letztlich ab
gelehnten Begriff der öffentlichen Ordnung in die guten Sitten hineinzules
scheint mir nicht weiterzuführen. Es läßt sich nicht leugnen, daß auch üb
den Bereich der §§ 172 ff. StGB hinaus das sittliche Empfinden auch bei F
gen wie z.B. des Wechselakzepttauschs (Simitis aaO. S. 63) anspreche
kann. - Vgl. auch Dürig aaO. Art. 1 Anm. 33 - 44, wo ebenfalls aus
allgemeinsten Wertungen ganz konkrete Einzelfragen entschieden werden.

C. DER EINFLUSS DER LEHRE VOM VOLKSGEIST AUF DIE ENTSTEHUNG DER ANSICHTSFORMEL

Soeben wurde als geschichtliche und theoretische Wurzel der Ansichtsformel das Bedürfnis bezeichnet, einen Maßstab für die Richtigkeit einer Entscheidung auch in den Fällen in die Hand zu bekommen, in denen die Rechtsordnung statt einer klaren eigenen Antwort in einer Generalklausel auf einen vagen ursprünglich außergesetzlichen Maßstab verweist. Warum dieses Ausgangsproblem zu eben diesem Lösungsversuch geführt hat, ist damit freilich noch nicht erklärt.

Der erste wichtige Impuls in Richtung auf die Lösung "Ansichtsformel" ging von der historischen Rechtsschule aus. Die von der Romantik beeinflußte Grundthese von Savignys [16], Recht wachse wie die Sprache aus dem Volke, mußte sich mit der Tatsache auseinandersetzen, daß "für das unermeßliche Detail" ein derartiges "gemeinsames Bewußtsein des Volkes"[17] nicht behauptet werden konnte. Trotzdem konnte Savigny seine Lehre vom Volksgeist damit aufrechterhalten, daß er auf den Gedanken der Repräsentation zurückgriff: "das Bewußtsein der Juristen",[18] die einen besonderen Stand bilden, repräsentiert den Volksgeist im Hinblick auf das Recht.

Selbstverständliche und darum von von Savigny nicht weiter erörterte Voraussetzungen dieser Lehre sind die Existenz dieses allen Standesgenossen gemeinsamen Bewußtseins und die Gewißheit, daß es ein Gegeneinander von Volksbewußtsein und juristischem Standesbewußtsein nicht geben könne[19]. Aus dieser Lehre ergibt sich konsequenterweise eine Entscheidung nach Ansicht des Richters (als Mitglied des Juristenstandes) bei Lücken in der Rechtsordnung. Tatsächlich basierte bewußt oder unbewußt die Rechtsprechung im 19. Jahrhundert auf diesen Vorstellungen[20] und noch für die RG-Rspr. vor Inkrafttreten des BGB läßt sich aufweisen, daß es der jeweilige Senat als selbstverständlich betrachtet hat, daß er erkennt, was sittenwidrig ist[21].

---

16) a.a.O. S. 8 ff. 17) a.a.O. S. 11

18) a.a.O. S. 12 19) zu letzterem vgl. Savigny a.a.O. S. 12 f.

20) man vgl. z.B. PrOVG 14, 174 ff. (178 f.), das im Jahre 1887 mit großer Selbstverständlichkeit auf "das allgemeine Rechtsbewußtsein" Bezug nimmt.

21) vgl. RGZ 3, 186; 13, 131 ff. (139); 20, 115 ff. (117); 32, 342 ff. (343); 36, 421 ff. (422).

D. DER EINFLUSS DES KLASSENKAMPFGEDANKENS AUF DIE ENTSTEHUNG DER ANSICHTSFORMEL

Aus dieser Sicht heraus bestand keinerlei Bedürfnis für die Ansichtsformel, doc waren schon in dieser Zeit, aus der die zitierten Urteile stammen, die Kräfte wirksam, aus deren Zusammenstoß mit der auf die historische Rechtsschule ge gründeten Praxis die Ansichtsformel (Anstandsformel) hervorgegangen ist. Der ristenstand befand sich damals wohl in grundsätzlicher Übereinstimmung mit d Bürgertum, aber der sich als Folge der wirtschaftlichen Entwicklung bildende A beiterstand stieß sich gerade an dieser Konformität. Die Ausbildung eines Klass bewußtseins der Arbeiterschaft warf die erste Voraussetzung der Lehre von Sa - vignys, die Einheitlichkeit von juristischem Standes- und Volksbewußtsein u den Haufen. Aus dem Miteinander der Stände wurde das Gegeneinander der Kla sen, wobei die Juristen den Vertretern der marxistischen Theorie als Handlange der besitzenden Klasse erscheinen mußten, da der Marxismus das Recht als Mi tel zur Durchsetzung der egoistischen Ziele der besitzenden Klasse ansieht[22]). gangs des 19. Jahrhunderts war die tiefe Spaltung des Rechts- und auch des Sitt lichkeitsbewußtseins als Folge der Klassengegensätze nicht mehr zu übersehen. "gelehrte Juristen" und "ungelernte Arbeiter" standen sich in kaum verhüllter Feindschaft gegenüber[23]). Früher oder später mußte dieser Gegensatz auch inn halb des Juristenstandes aufbrechen, wenn sich eine spürbare Minderheit der Jur sten für die Belange der Arbeiterklasse einsetzte und damit das einheitliche Rec bewußtsein dieses Standes erschüttert werden.

Einen guten Eindruck von der allmählichen Zersetzung der Thesen der histori- schen Rechtsschule durch den Zerfall der Rechtsgemeinschaft in Klassen vermitt die 1872 erschienene Schrift Adickes' "Zur Lehre von den Rechtsquellen". Hier wird schon die Frage erörtert, was bei einem Gegeneinander der Anschauu gen des Volkes und der Richter zu geschehen habe, wenn das auch als "krankha Verwirrung des naturgemäßen Zustandes"[24]) empfunden wird und die marxistisc Auffassung, naturgemäß sei eben dieser Gegensatz, für Adickes unvollziehb ist. Wenn Adickes die Ursachen dieses Konfliktes findet:

a) im Subjektivismus, der "den geistigen Zusammenhang zwischen den Urtei- lern und ganzen Klassen der Rechtsuchenden" [25]) gelockert habe, so

---

22) So heißt es im Kommunistischen Manifest: "wie euer Recht nur der zu Gesetz erhobene Wille eurer Klasse ist, eine Wille, dessen Inh gegeben ist in den materiellen Lebensbedingungen eurer Klasse" (Marx - Engels, a.a.O. S. 39).

23) vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 291.

24) a.a.O. S. 45

25) a.a.O. S. 11 Hervorhebung vom Verf

wie in "der abnehmenden Pietät vor dem allen Gemeinsamen und Hergebrachten" [25]

b) in der "Ausbildung eines besonderen Juristenstandes" [25] und

c) in der Erstreckung der Gerichtskompetenz auf ein "in seinen Einzelheiten unübersehbares Gebiet" [25]

so lassen diese Sätze bereits die beginnende Spaltung erkennen, wenn auch die Lösung des Gegensatzes noch völlig auf dem Boden der Überlieferung steht. Für letzteres ist bezeichnend, daß, soweit der Konflikt auf den beiden erstgenannten Punkten (a, b) beruht, nach Adickes dem Richter "die seiner Ansicht nach fehlerhaft gebildete Auffassung der Laienwelt ... unmöglich als Richtschnur aufgedrungen werden (kann)" [24]. Der Richter ist "beeidigter Dolmetsch" [25] der Rechtsquelle, die dann spricht, wenn die Gesetze schweigen, - nach Adickes die subjektive Vernunft -, und daß die Geltung der Gerichtsaussprüche nicht in Frage gestellt werden kann, ist für Adickes selbstverständlich[26].

Zeigt diese Momentaufnahme von 1872 schon eine wesentliche Verschiebung gegenüber 1828, dem Erscheinungsjahr der zitierten Schrift von Savignys, so war die Atmosphäre 20 Jahre später noch mehr vergiftet. In diesem Klima begannen die Beratungen über ein Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Schon in den Motiven der ersten Kommission tauchte die Erwägung auf, ob dem Richter durch den undeutlichen Begriff der "guten Sitten" nicht eine zu große Bewegungsfreiheit eingeräumt werde; und zwar sowohl beim späteren § 138 [27] als auch beim späteren § 826 BGB [28]. In beiden Fällen wies aber die erste Kommision alle Bedenken mit der Begründung zurück, daß "bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes ... indessen unbedenklich darauf vertraut werden (darf), daß die Vorschrift im Ganzen und Großen nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist" [29] bzw. daß "die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden" [28]. Trotzdem suchte die Kommission durch eine klare Definition den Inhalt der guten Sitten zu bestimmen und damit zugleich eine Möglichkeit aufzuzeigen, um die richterliche Interpretation dieses Begriffes nachzuprüfen. In den Motiven zum späteren § 826 BGB formulierte sie, daß eine Handlungsweise schadensersatzpflichtig mache, die "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht" [28]. Damit ist zum ersten Mal

---

26) a.a.O. S. 11 27) Materialien in Mugdan Bd. 1, 211

28) Mugdan Bd. 2, 727. - Vgl. auch Materialien in Mugdan Bd. 1, 725, wo die Auffassung vertreten wird, der Begriff "gute Sitten" enthalte den richtigen obj. Maßstab für die Handhabung des Gesetzes".

29) Mugdan Bd. 1, 211 f.

angedeutet, daß nicht die Meinung des Richters bzw. des Juristenstandes, son
"das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" den Ausschlag zu ge
hat, wenn das Gesetz nicht klar ist. Da Näheres nicht gesagt wird, könnte all
dings die Stelle auch dahin verstanden werden, daß die Ansicht der Juristen a
der Repräsentanten "aller billig und gerecht Denkenden" gemeint sei, die bis
ge Rechtsprechung also sogar bestätigt werde[30].

Wenn der oben dargestellte Klassengegensatz Wirklichkeit war, konnte sich di
litische Opposition mit einer so unklaren Formulierung nicht zufrieden geben.
sächlich stießen in der zweiten Beratung im Reichstagsplenum 1896 die Meinu
gen zu diesem Punkt hart aufeinander. Es fällt heute schwer, sich die Erbitter
zu vergegenwärtigen, mit der damals um den Begriff der guten Sitten gerunge
wurde, doch kann die Rspr. ab 1900 nur unter dem Eindruck dieser Auseinand
setzungen verstanden werden. So forderte der Abgeordnete Stadthagen, e
Jurist von der Sozialdemokratie, in der Reichstagsdebatte die Aufnahme der ö
fentlichen Ordnung als Nichtigkeitsgrund in das Gesetz. Zur Begründung führt
u.a. aus [31]:

> "Darüber kann kein Zweifel sein, daß die Richter als solche mit ganz ge
> fügigen, ich glaube mit gar keinen Ausnahmen, die Interessen der besitz
> den Kreise vertreten, werden vertreten müssen, und zwar, nicht als ob sie
> wußt gegen das Recht ankämpfen - davon kann keine Rede sein -, sondern
> deshalb, weil sie unbewußt die Interessen des Kreises, in welchem sie auf
> wachsen sind, notwendigerweise wahrnehmen, wahrnehmen müssen, weil
> vom Interessenstandpunkt der Besitzenden die Dinge und Gesetze ansehen,
> deren Interessenkreise verstehen ... Wir meinen, der Begriff der öffentlic

---

30) Simitis weist a.a.O. S. 8 darauf hin, daß von der liberalen Rechtsauffassu
her der Nichtigkeitsgrund des § 138 als ausnahmsweise Eingriffsmöglichkeit
Staates erscheinen mußte und man deshalb die Voraussetzungen einer sol
Intervention möglichst objektivieren und einengen wollte. - Es mag sein, d
die Erwägung den Bedenken der Kommission (mit) zugrunde lag, Eingang i
Materialien hat sie freilich nicht gefunden, auch spricht die lange und auc
liberalen 19. Jhd. unwidersprochen gebliebene Anwendung der "boni more
gegen die These Simitis'. Charakteristisch ist jedenfalls nicht dieses B
denken, sondern daß es von der Parlamentsmehrheit aus der Überzeugung
aus beiseitegeschoben wurde, die Richter seien derselben Geisteshaltung un
worfen, man könne ihnen daher vertrauen und brauche sich gegen sie nicht
mehr durch Einbau objektiver Merkmale in die Generalklausel zu sichern.

31) Stenographische Berichte 2757 bis 2762; hier zitiert nach Mugdan, Bd.

Ordnung ... muß für jeden ... klar sein [32]. ... Die öffentliche Ordnung (ist) gestrichen worden, nur der viel dehnbarere Begriff "gute Sitten" ist geblieben.... Die Erfahrungen, die wir in der Praxis machen, lassen uns alles fürchten und lassen uns gegenüber der Praxis das Auge des Mißtrauens so weit offenhalten, wie es immer nur möglich ist [33]."

Bei diesem Angriff ist besonders bezeichnend, daß die Sozialdemokraten darum fürchteten, ihren in der Legislative erkämpften Einfluß, der sich in der Gestaltung der öffentlichen Ordnung niederzuschlagen begann, bei einer zu geringen gesetzlichen Bindung der Richter zu verlieren, weil ihr unmittelbarer Einfluß auf die Rspr. - d.h. auf die Besetzung der Richterstellen [34] - wesentlich geringer war als der im Parlament.

Gegen diesen Vorwurf, daß durch die Beseitigung des (nach Stadthagen) klaren Begriffs der öffentlichen Ordnung, der im ersten Entwurf noch enthalten war, über die guten Sitten "hinterrücks ein klein bißchen Klassenjustiz" [33] gefördert werde, wehrten sich die übrigen Abgeordneten, indem sie den Nachweis versuchten, die Fassung "gute Sitten" sei so bestimmt, daß ein Mißbrauch nicht denkbar sei. Sie leugneten also, daß das Rechtsempfinden des Richters bzw. des Standes der Rechtsgelehrten maßgebend sei, und verwiesen auf objektive und darum nachprüfbare Kriterien. Der Abgeordnete Gröber entgegnete auf die Angriffe

---

32) Mugdan, Bd. 1, 1004 ff.; Vgl. auch Anm. 15.

33) Mugdan, Bd. 1, 1009.

34) Nach einer Untersuchung von Walther Richter (aaO. S. 241 ff.) und Dahrendorf (aaO. S. 260 ff.) aus dem Jahre 1959, die sich auf alle Richter an den Oberlandesgerichten der Bundesrepublik erstreckte, hatte nur ein einziger Richter einen angelernten oder ungelernten Arbeiter zum Vater, obwohl diese Schicht 1/3 der Gesamtbevölkerung ausmacht. Dagegen stammen aus den oberen 5 % der Bevölkerung fast 2/3 der Richter (aaO. S. 247 bzw. S. 264). Dieses Bild wird bestätigt durch den Anteil von nur 4, 5 % der Arbeiterkinder an den Studenten der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften - bezogen auf 1955/56 - (Dahrendorf aaO. S. 270). Diese nüchternen Zahlen drängen nicht nur "die Vermutung auf, daß in unseren Gerichten die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte andere Hälfte zu urteilen befugt ist" (Dahrendorf S. 275), sondern sie belegen auch die Tatsache, daß der Einfluß i.S. persönlicher Mitwirkung der Arbeiter und Arbeiterkinder auf den Erlaß der Gesetze wesentlich größer ist als der auf die Handhabung dieser Gesetze, denn es ist von einer spürbaren Zahl von Abgeordneten bekannt, daß sie aus Arbeiterkreisen stammen, wenn auch exaktes Zahlenmaterial zu diesem Punkt

des Sozialdemokraten u.a.[35]:

"Diese guten Sitten müssen sich einmal bewegen innerhalb der Rechtsordnung ... das ist die eine Schranke, und innerhalb derselben wird ein verständiger Richter ein ziemlich richtiges Urteil um so leicher abgeben können, weil für seine Entscheidung eine zweite, objektive Grenze gezogen ist: die Sitte: nach der Gewohnheit und der Anschauung der Allgemeinheit, nicht bloß nach subjektivem Ermessen, und zwar nach der allgemein in den beteiligten Kreisen als gut gebilligten Gewohnheit wird der Richter zu entscheiden haben, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstößt ... . Es sind also dem Richter für sein Urteil objektive Merkmale an die Hand gegeben[36]."

Ihm stimmte der Abgeordnete Lenzmann zu[37], der auch die Objektivität der guten Sitten betonte, doch spürt man aus seinen Schlußworten, daß er in starkem Maße noch wie die bisherige Rechtsprechung das Problem dem Richter anheimgeben wollte, wenn er sagt:

"Der Begriff gute Sitte, das contra bonos mores, ist ein durch Jahrhunderte hindurch ausgebildeter terminus technicus geworden. Die Richter werden damit schon fertig, sie wissen, was "contra bonos mores" ist. Dies ist ein bestimmter (!) Begriff, der in der Rechtswissenschaft feststeht[38]."

Stadthagen[39] behielt zwar mit der bitteren Bemerkung: "Die gute Sitte der Richter ist etwas anderes, als was sie für gute Sitte bei den Arbeitern und im Interesse des Gemeinwohls halten" das letzte Wort, der Antrag auf Einfügung der öffentlichen Ordnung in den § 138 BGB wurde aber abgelehnt.

Eines aber hatte der im Reichstag von den Sozialdemokraten getragene Gedanke des Klassenkampfes vermocht: Durch seine Sicht der Richter als Diener der herrschenden Klasse war die Verbindlichkeit eines auf das Rechtsbewußtsein des Richter- bzw. Juristenstandes gegründeten Urteils als einer Macht- statt einer Rechts-

---

nicht vorliegt.

35) Stenographische Berichte 2763 f., hier zitiert nach Mugdan Bd. 1.

36) nach Mugdan Bd. 1, 1012; Hervorhebungen vom Verf. - Vgl. auch oben Anm. 28.

37) Stenographische Berichte 2766; hier zitiert nach Mugdan, Bd. 1.

38) nach Mugdan Bd. 1, 1017; Hervorhebungen vom Verf.

39) Stenographische Berichte 2769 (Mugdan Bd. 1, 1019).

entscheidung in Mißkredit gebracht worden. Der Gesetzgeber mußte deshalb danach trachten, dem Richter eine andere - objektive - Begründung zu ermöglichen, ein Ziel, das er durch den Hinweis auf die Anstandsformel zu erreichen suchte.

Als vorläufiges Ergebnis ist hier festzuhalten:
Das einheitliche Rechtsbewußtsein war im 19. Jahrhundert auf weiteren, bedeutenden Gebieten [40] verlorengegangen. Die marxistische Theorie hatte diesen Verlust offenbart und ihm die theoretische Grundlage gegeben, die das von der historischen Rechtsschule vorgeschlagene Ausweichen auf das Rechtsbewußtsein des Juristenstandes unmöglich machte. Es bestand ferner die Gefahr, daß auch das Rechtsbewußtsein der Rechtsgelehrten von den Klassenkampfvorstellungen zerrissen würde, so daß auch die zweite Grundvorstellung von Savignys bedroht war. Um eine nachprüfbare, für alle gleichermaßen verbindliche Entscheidung zu ermöglichen, wurde man zum ersten Mal auf die Ansichtsformel in Gestalt der Anstandsformel aufmerksam.

Dieser der Deutlichkeit halber hier mit wenigen Strichen gezeichnete Hergang kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß mit Inkraftreten des BGB die Rspr. ein Durcheinander und Gegeneinander der verschiedenen Strömungen vorfand. Während ihr die einen[41] volles Vertrauen zusicherten und sie damit drängten, in den Bahnen der historischen Rechtsschule zu verharren, legten ihr die anderen nahe, den marxistischen Angriffen durch die Anstandsformel die Spitze abzubrechen[42]. Dieses den Gerichten empfohlene Mittel war aber unklar formuliert und ließ eine Menge auch grundsätzlicher Fragen offen. Wie die Rechtsprechung mit diesen Schwierigkeiten fertig geworden ist, wie sie die Anstandsformel aufgefaßt und was sie aus ihr gemacht hat, soll im folgenden erörtert werden.

---

40) Stadthagen nennt als Beispiele u.a. Gewerbefreiheit, Koalitionsrecht, Wahlrecht (Mugdan Bd. 1, 1004 ff.)

41) Materialien in Mugdan Bd. 1, 211 f.; Bd. 2, 727; Abg. Lenzmann in der Reichstagsdebatte (oben Text zu Anm. 38).

42) Materialien in Mugdan Bd. 2, 727; Abg. Gröber in der Rechtstagsdebatte (oben Text zu Anm. 36). - Vgl. auch Gierke a.a.O. S. 169, der für den späteren § 138 BGB "ein Stück Kasuistik" empfiehlt.

§ 2 DIE RECHTSPRECHUNG ZUR ANSTANDSFORMEL

A. DIE RG-RSPR.

I Das Grundsatzurteil des RG

1) Die Ausgangs- und Grundsatzentscheidung des RG zum Begriff der guten Sitten stammt vom 11.4.1901 (Urteil des 6. Z.S.) [1]. Die darin aufgestellten Grundsätze hat das RG oft in andere Worte gekleidet, aber nicht verlassen, jedenfalls nie expressis verbis [2].

An versteckter Stelle findet sich der Satz, der eigentlich an den Anfang gehört hätte, und der in seiner Bedeutung kaum überschätzt werden kann:

> a) "Die Frage, ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist ... eine Rechtsfrage [3]."

Mit dieser Behauptung stellt der Senat klar, daß die Sittenwidrigkeit seiner Ansicht nach nicht von tatsächlich geübten Verhaltensweisen im Geschäftsverkehr und nicht von empirisch festzustellenden Meinungen abhängig ist, denn sonst hätte er sich auf die Prüfung beschränken müssen, ob der Vorderrichter den Begriff der guten Sitten richtig erfaßt hat, wenn das der Fall gewesen wäre, hätten dessen tatsächliche Feststellungen über die Sittenwidrigkeit die Revisionsinstanz gebunden: § 561 Abs. II ZPO. Anders ausgedrückt, tatsächlicher Feststellung bedürfen nur die Merkmale, in denen die Sittenwidrigkeit gesehen wird, z.B. die einzelnen Vertragsbedingungen. Ob aus diesen Tatsachen aber die Folgerung "sittenwidrig" gezogen werden muß, entscheidet das Gericht, ohne irgendwelche tatsächlichen Feststellungen in der Richtung treffen zu müssen, ob andere über die Sittenwidrigkeit genauso denken.
Von diesem Ausgangspunkt her sind auch die anderen Folgerungen des Urteils zu verstehen:

> b) "Den Maßstab für den Begriff der "guten Sitten" .... hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, 'dem Anstandsgefühl

---

1) RGZ 48, 114 ff.
2) Die Kontinuität der RG-Rspr. wird auch von Simitis, a.a.O. S. 12 hervorgehoben.
3) RGZ 48, 114 (129).

aller billig und gerecht Denkenden'[4]."

Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ist danach dem herrschenden Volksbewußtsein gleichzusetzen.

c) "Auf die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises (wird), wenn sich in ihr die herrschende Sitte ausprägt, Rücksicht genommen ....., so ... auf die Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr[5]."

d) "Eine im Handelsverkehr tatsächlich aufgekommene Geschäftspraktik (kann) ... möglicherweise ... eine Unsitte sein[6]."

2) Zur Abrundung dieser Kernsätze muß noch ein früheres Urteil desselben Senats [7] erwähnt werden. Es befaßt sich mit der Frage, ob vor Inkrafttreten des BGB geschlossene Ehevermittlungsverträge nach altem Recht klagbar sind, oder ob ihnen die Klagbarkeit im Hinblick auf die in § 656 BGB zum Ausdruck gekommene Auffassung zu versagen ist, weil sie sonst gegen § 138 BGB verstießen. Das RG bejaht im Ergebnis den Verstoß eines klagbaren Heiratsvermittelungsvertrags gegen § 138 BGB und begründet die Diskrepanz - kein Verstoß gegen § 7 I 4 PrALR, Verstoß gegen § 138 I BGB - folgendermaßen:

"Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße, ... ist die jeweilige ethische Anschauung entscheidend. Diese ist wechselnd[8]."

3) Mit diesen ersten Urteilen hat sich das RG die Anstandsformel zu eigen gemacht. Seine Betonung, daß es den Maßstab für die Sittenwidrigkeit dem herrschenden Volksbewußtsein entnehme, daß also die jeweiligen ethischen Anschauungen im Volke maßgebend seien, und daß sich bei deren Änderung die Rspr. mit wandeln müsse, war ganz im Sinne einer durch den Klassenkampf notwendig gewordenen Beschwichtigung des Mißtrauens, das ein Teil des Volkes der Rspr. entgegenbrachte.

Das große Aber dieser Auslegung der Anstandsformel liegt in der Ablehnung aller Untersuchungen darüber, was die tatsächlich im Volke herrschende Ansicht ist.

---

4) RGZ 48, 114 (124)
5) RGZ 48, 114 (125)
6) RGZ 48, 114 (125)
7) RGZ 46, 177 ff., Urteil v. 12.6.1900
8) RGZ 46, 177 (178). - Diese Entscheidung übersieht Simitis, wenn er unter Berufung auf RGZ 147, 7 die Relativität der guten Sitten als "Neuerung" bezeichnet (a.a.O. S. 12).

Solange die Gerichte einfach feststellen, das Verhalten widerspreche der gegenwärtigen ethischen Anschauung, muß der Eindruck entstehen, daß gegenüber der bisherigen Praxis nur die Form und nicht der Inhalt gewechselt hat, daß also nach wie vor die Ansicht des Gerichts über die Sittenwidrigkeit ausschlaggebend ist. Denn der hinter der Anstandsformel stehende Gedanke, daß sie eine Überprüfung der richterlichen Entscheidung an Hand eines objektiven Maßstabs ermögliche, konnte solange nicht zum Tragen kommen, als das RG keine konkreten Anhaltspunkte nannte, aus denen es die Ansicht der billig und gerecht Denkenden über das in concreto Anständige entnommen hatte. Auch ist der Kreis der billig und gerecht Denkenden durch die Gleichsetzung mit dem herrschenden Volksbewußtsein nicht genügend klar umrissen, und schließlich ist die Frage noch offen, ob und inwieweit es angesichts der Absolutheit sittlicher Werte angeht, diese der jeweiligen Anschauung anheimzugeben. - Die Rspr. der folgenden Jahre mußte dazu Stellung nehmen.

II Die Rspr. bis 1933

1) Die Einführung des Durchschnittsmaßes

Während RGZ 51, 369 (383 f.) unter ausdrücklicher Berufung auf RGZ 48, 114 nochmals von herrschender sittlicher Anschauung spricht, bringt RGZ 55, 367 ff. eine Akzentuierung. Hatte RGZ 53, 171 (178) es noch offen gelassen, ob "den laxeren Anschauungen, die in politischen Kämpfen ... vielfach betätigt werden, Rechnung zu tragen sei", sagt nun RGZ 55, 373 klar: "Wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, immer Unsitte bleibt und nicht gute Sitte wird, ebensowenig kann die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise oder Personen auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtssinne einen Maßstab bilden. Zwischen der Handlungsweise eines vornehmen Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt."

Man spürt, daß sich das Gericht hier darum bemüht, den Kreis derer festzulegen, die es für billig und gerecht Denkende hält. Es berührt aber in diesen Entscheidungen nicht die logisch vorangehende Frage, ob es sich an die Anschauung dieses so eingeengten Kreises auch gebunden hält, oder ob es dieser Bindung im Einklang mit der Grundsatzentscheidung nur behauptet, ohne sie ernst zu nehmen. Wäre letzteres der Fall, müßte man die Betonung der Unverbindlichkeit der vornehmen bzw. niedrigen Gesinnung als weiteres Mittel ansehen, mit dem sich das Gericht "Ellbogenfreiheit" verschafft, kann es doch jetzt unter Bezugnahme auf die zitierten Urteile eine ihm zu streng erscheinende Einstellung als Ausfluß einer zu vornehme

Gesinnung deuten und deshalb außer acht lassen, entsprechendes gilt für nach Meinung des Gerichts zu laxe Auffassungen.

In konsequenter Weiterführung von RGZ 55, 373 führt RGZ 58, 214 (217) erstmals den Begriff des "durchschnittlichen Maßstabes" in die Diskussion um die §§ 138 I, 826 BGB ein, wenn es a.a.O. heißt: "Es ist ... bei Prüfung der Frage, ob eine gewisse Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen."

Mit dieser Entscheidung aus dem Jahre 1904 ist das reichsgerichtliche Vokabular nahezu [9] vollständig. Daß bei der Vielzahl von Urteilen auch abweichende Stimmen laut werden, ist nicht verwunderlich. Bemerkenswert ist aber, daß diese Abweichungen nie bewußt vorgenommen werden; es sind stets unbewußte und wohl auch ungewollte Unterschiede, die auftauchen. So heißt es in RGZ 80, 219 (221): "Ist ... die Überzeugung begründet, daß (das Rechtsgeschäft) mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unvereinbar ist, daß es sich also mit dem in der Sitte, in der Übung zutage tretenden Empfinden der Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab, in Widerspruch setzt, so verletzt es die guten Sitten ...".

Man spürt, daß dieses Urteil sich völlig mit der ständigen Rechtsprechung eins weiß, und trotzdem fügt es sich nicht bruchlos in diese ein. Der Glaube, daß das Empfinden der Volksgenossen in der "Übung" zutage trete, läßt sich kaum mit der skeptischen Feststellung vereinbaren, "daß eine ... tatsächlich aufgekommene Geschäftspraktik ... möglicherweise ... eine Unsitte sein kann" (RGZ 48, 125, st. Rspr.). Doch ist das RG bei der Ablehnung der Verbindlichkeit der Geschäftspraktiken einerseits und anderseits bei der Betonung der Maßgeblichkeit der Anforderungen, die der Geschäftsverkehr stellt, geblieben [10]. Wie sollte aber die Bestimmung des durchschnittlichen Maßstabs durch den Geschäftsverkehr anders deutlich werden als durch die - von derselben st. Rspr. stets als unverbindlich bezeichneten - Geschäftspraktiken ?

Durch die Ausscheidung der zu niedrig und zu vornehm Denkenden präzisiert das RG die billig und gerecht Denkenden und gewinnt zugleich einen durchschnittlichen Maßstab. Ungeklärt bleibt,

---

9) vgl. unten 2) 3).

10) für letzteres vgl. RGZ 104, 330 "Durchschnittsmaß von Anforderungen, die der Verkehr an die Wahrung von Redlichkeit und Anstand stellt". Ebenso RGJW 1936, 3308.

a) Warum der Maßstab ein durchschnittlicher sein soll,
b) woran man erkennt, daß jemand zu lax oder zu vornehm denkt,
c) auf welche Weise die Elimination dieser Denkenden erfolgt.

Was diesen letzten Punkt angeht, fragt man die Rspr. vergebens, ob die Meinungen der Betreffenden überhaupt nicht berücksichtigt werden (dann würde derjenige der höhere als durchschnittliche ethische Forderungen stellt, nicht billig und gerecht denken !),oder diese so gegeneinander aufgewogen werden, daß das Plus bei den Vornehmen das Minus der Laxen auf ein Mittelmaß kompensiert (dann wären alle Denkenden berücksichtigt, ohne Beschränkung auf billig und gerecht !).

2) Die Beziehung der Sittlichkeit zur Anstandsformel

Auch das Verhältnis der Sittlichkeit zur Anstandsformel wurde von der Rspr. nicht geklärt. - Schon in den ersten Urteilen wird im Einklang mit der h. L.[11] der Sittenverstoß mit dem "sittlichen Bewußtsein" [12] in Beziehung gesetzt, und auch RGZ 51, 369 (383 f.) (zitiert oben 1) am Anfang) stellt auf das herrschende sittliche Bewußtsein ab. Besonders deutlich wird die Kombination von Durchschnittsmaß und Sittlichkeit in einer Entscheidung aus dem Jahre 1913, wo es heißt[13]:

> "Ebenso ist es unbedenklich, daß als Maßstab für die Beurteilung desjenigen, was im Geschäftsverkehr als sittlich anzusehen ist, die Auffassung zu gelten hat, die im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstands- und Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen entspricht. Es ist also ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen."

Davon abgesehen sind aber die Fälle selten, in denen die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäftes zur Begründung seiner Sittenwidrigkeit herangezogen wird. Üblich ist diese Methode nur im Rahmen der Bordellentscheidungen. Schon RGZ 63, 346 (353) im Jahre 1906 stellt auf das "unsittliche Motiv" ab, und in demselben Jahr hält ein anderer Senat einen Vertrag zum Bau eines Bordells mit der Begründung für nichtig, "daß der unsittliche, auf Förderung der Unzucht gerichtete Zweck Inhalt ... des Vertrags geworden ist" [14].

Die folgenden Entscheidungen in Bordellsachen[15] bestätigen diese Gleichung

---

11) oben § 1, Anm. 12. 12) RGZ 46, 177 (178).
13) RG Warn 1913, Nr. 189. 14) RGZ 63, 367.
15) RGZ 68, 97 (99); 71, 192(194); 71, 432; 78, 41 (45) usw.

Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts = Sittenwidrigkeit.

Als weiterer Beleg für diese Gleichung sei außerhalb des Bereichs der Unsittlichkeit i.S. der Sittlichkeitsdelikte des StGB noch RGZ 96, 282 erwähnt, das den Schmuggel als unsittlich bezeichnet, während sich RGJW 1929, 244 in einem ähnlichen Fall mit der Sittenwidrigkeit begnügt; auch RGZ 93, 27 (29); 133, 388 (393) gehören in diesen Zusammenhang, da sie eine unsittliche Schädigung der sittenwidrigen gleichstellen.

In keinem dieser Urteile brauchte sich das RG damit zu beschäftigen, ob die Sittlichkeit schrankenlos durch das herrschende Volksbewußtsein relativiert werden kann. Es begnügte sich vielmehr stets damit, das Geschäft ohne Begründung als unsittlich zu brandmarken und es dann - ohne auf die Anstandsformel zurückzugreifen - für nichtig zu erklären. Nur in den schon erwähnten Entscheidungen RGZ 46, 177 und Warn 1913, Nr. 189 (oben Anm. 12, 13) und in RGZ 68, 97 (99) wird die Unsittlichkeit auf die herrschende Anschauung gestützt, in den restlichen, meisten Fällen erschien dies dem Gericht wohl deshalb als überflüssig, weil die Unsittlichkeit und damit die Sittenwidrigkeit der betreffenden Geschäfte keinem Zweifel unterliegen konnte [16].

Nur in einem einzelnen Fall [17] hebt das RG nicht auf die Sittlichkeit, sondern auf das Sittengesetz ab, wenn es eine Koppelung von Unterhaltsrente und Scheidungsverbot als Verstoß "gegen das Sittengesetz" bezeichnet. Auch in dieser Entscheidung fehlt jeder Hinweis auf die Anstandsformel.

3) Die Rspr. zu den allgemeinen Anstandsbegriffen

Auf das in den bisher erörterten Entscheidungen nicht berührte Problem, wieweit sittliche Werte durch die Anstandsformel relativiert werden können, bzw. ob es bei der Bezugnahme auf das Durchschnittsmaß an Redlichkeit eine untere, nicht mehr unterschreitbare Grenze gibt, mußte die Rspr. jedenfalls dann eingehen, wenn sie vom Rechtsverkehr ein Maß an Anstand verlangen wollte, das über das

---

16) anders bei der Entscheidung des KG HRR 1930, Nr. 1830, wo die Rechtslage nicht völlig eindeutig war. Das KG sieht a.a.O., die "Verknüpfung der auf religiösem Gebiete zu treffenden Entscheidungen mit wirtschaftlichen Vorteilen und Nachteilen" weil entgegen "der herrschenden Sittenanschauung" und "der herrschenden Anschauung sittlich ernst denkender Volkskreise" als unsittlich und deshalb nichtig an.

17) RGZ 109, 137 (142, wiederholt auf S. 144).

allgemein für nötig empfundene deutlich hinausging. In diese Situation fand sich der 6. Zivilsenat in 3 Fällen[18] versetzt, die er in sich konsequent behandelt hat.

Hatte der Senat in RGZ 104, 330 in der Frage der sittenwidrigen Beschränkung der Koalitionsfreiheit ausgeführt, er könne "nicht anerkennen, daß der Begriff der guten Sitten, für den das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden bestimmend ist, oder das Durchschnittsmaß an Anforderungen, die der Verkehr an die Wahrung von Redlichkeit und Anstand stellt, auf irgendeinem Gebiete ... andere geworden sind", so konnte man das noch so auffassen, als glaube der Senat nicht, daß eine Meinungsänderung stattgefunden hat. Aber die beiden folgenden Entscheidungen [18] machten dann deutlich, daß hier etwas Neues und Wichtiges [19] geschehen ist:
Der Senat hält es darin für durchaus wahrscheinlich, daß die Anforderungen des Verkehrs nach Kriegsende an das nötige Maß an Anstand zurückgegangen sind, will diesem Rückgang aber keinen Raum gewähren, sondern legt seiner Rspr. weiter "die allgemeinen Anstandsbegriffe" zugrunde, wie sie vor 1914 gegolten haben, obwohl man mittlerweile 1930 schrieb. So heißt es in RGZ 120, 148:

> "Als Maßstab sind nicht die in der Kriegs- und Nachkriegszeit gesunkenen Begriffe mancher Kreise von Anstand, Billigkeit und Ehre, sondern die allgemeinen Anstandsbegriffe zugrunde zu legen, wie sie vor dem Krieg in Geltung waren (RGZ 104, 330)" und ganz ähnlich in RGZ 129, 381: "Als Maßstab für diese Beurteilung sind nicht die in der Kriegs- und Nachkriegszeit gesunkenen Begriffe mancher Bevölkerungskreise von Anstand, Billigkeit und Vertragstreue, sondern die allgemeinen Anstandsbegriffe zugrunde zu legen, wie sie vor dem Kriege in Geltung waren (RG 104, 330). Hierauf hinzuweisen hat der erkennende Senat schon einmal Veranlassung gehabt (RGZ 120, 148)."

Dabei muß man sich vor dem Trugschluß hüten, der Senat habe nur - ganz in Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr. z.B. RGZ 55, 373 (oben 1)) - die "niedrige Denkungsweise einzelner Volksschichten" außer acht gelassen. Zwar

---

18) RGZ 104, 327 (330) im Jahre 1922; 120, 144 (148) im Jahre 1928; 129, 357 (381) im Jahre 1930. - Die Ausgangsentscheidung befaßt sich mit der Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit, die beiden folgenden Urteile regeln Siedlungssachen.

19) Simitis verharmlost a.a.O. S. 12 diese Neuerung, wenn er sie als "Klärung bestehender Zweifels(einzel !) fragen deutet. Es geht um die Grundsatzfrage ! Vgl. auch Coing bei Staudinger § 138 A 6 (kein wirklicher Wandel der moralischen Auffassungen).

deutet seine Formulierung "mancher Bevölkerungskreise" in diese Richtung, aber bei genauem Hinsehen wird deutlich, daß der Senat sich darüber im klaren ist, daß er für seinen Maßstab nicht nur in manchen Bevölkerungskreisen keinen Rückhalt findet, sondern daß dieser Maßstab in der Bevölkerung ganz allgemein als zu streng empfunden wird. Deshalb zieht er sich auch auf "allgemeine Anstandsbegriffe" zurück, "wie sie vor dem Krieg in Geltung waren", anders ausgedrückt, wie sie nach dem Krieg vom Volksbewußtsein (nicht nur einzelner Kreise !) nicht mehr für gültig gehalten werden.

Mit der Identifizierung der Anstandsformel mit dem herrschenden Volksbewußtsein und mit dem Durchschnittsmaß lag die Auslegung nahe, daß in Gestalt der billig und gerecht Denkenden auf die Meinung gewisser Volkskreise verwiesen werde, die allerdings nie genauer bezeichnet wurden. Die Urteile zu den "allgemeinen Anstandsbegriffen" stellten demgegenüber erneut klar, daß es wenigstens in einigen Situationen letztlich nicht auf solche Meinungen ankommt. Vorzuwerfen ist der Rspr. aber, daß sie weder im Ausgangsfall bei der Revisibilität noch hier bei den allgemeinen Anstandsbegriffen eindeutig Farbe bekannt und das Verhältnis des nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden erforderlichen Anstands zu dem nach dem Anstandsgefühl der erkennenden Richter bzw. nach Maßgabe allgemeiner Anstandsbegriffe nötigen Anstands ungeklärt gelassen hat.

III Die N.S.-Rspr

Die Erwartung, daß der Eingang des nationalsozialistischen Gedankengutes in die Rspr. infolge des "Umbruchs" 1933 irgendwelche näheren Aufschlüsse über dieses Verhältnis bringen werde, ging nicht in Erfüllung. Die äußere Kontinuität der Rspr.[20] wurde völlig gewahrt. So fordert das RG GrSZ 150, 1 (4) im Jahre 1936, daß "der Begriff des Verstoßes gegen die "guten Sitten" ... seinem Wesen nach Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung (erhält)", doch vollzog sich das in einem gegenüber der Zeit vor 1933 unveränderten Rahmen. Auch die nach 1933 Mode gewordene Formulierung "gesundes Volksempfinden"[21] wurde als sachlich mit den

---

20) Als Beispiele für die inhaltlichen Änderungen bei gleicher Form vgl. OLG München HRR 1938, 287 und OLG Hamburg DJ 1936, 775. Weitere Nachweise bei Simitis, a.a.O. S. 71.

21) vgl. aber die von RGZ 97, 253 (255) schon 1919 gebrauchte ähnliche Prägung, Verstoß "gegen das gesunde Rechtsempfinden aller anständig und billig Denkenden".

bisherigen Formeln übereinstimmend angesehen, so von RGZ 150, 1 (5) hinsichtlich der Anstands- und von RGJW 1936, 3308 hinsichtlich der Durchschnittsforme

Angreifbar an diesem neuen Ausdruck ist der Optimismus des RG, daß das "herrschende Volksempfinden" (so der bisherige Sprachgebrauch) auch stets "gesund" im Sinne der neuen Sprachregelung sei. Offenbar hatte das Gericht die in der Rspr. zu den allgemeinen Anstandsbegriffen zutage getretenen Erfahrungen nur zu rasch vergessen.

B. DIE RSPR. NACH 1945

I Die Rspr. in der DDR

1) Nach dem Unrecht, das im Dritten Reich, mit dem Stempel "gesundes Volksempfinden" versehen, als Recht ausgegeben worden war, vom Gesetzgeber und d Verwaltung wohl noch mehr als von den Gerichten [20], war diese Formel allgemein in Verruf gekommen [22]. Die Nachkriegs-Rspr. in beiden Teilen Deutschlands hütete sich deshalb, auf sie zurückzugreifen. Sie nahm diese bitteren Erfahrungen trotz der Gleichsetzung des gesunden Volksempfindens mit der Anstandsfo mel aber nicht zum Anlaß, das Problem nochmals von vorn an aufzurollen.

2) Eine deutliche Änderung in der Formulierung ist bei den Gerichten der DDR zu beobachten. Die erste Stellungnahme des 1950 eingerichteten OG DDR klang zunächst so, wie man es vom RG vor 1933 gewohnt war. In dieser Entschei dung des 1. Z.S. vom 5.7.1950 [23] ist die Rede von "jedem gerecht Denkende und von "den Grenzen des Anständigen und allgemein als gerecht Empfundenen" [24]. -
Den sich in diesen Worten spiegelnden engen Anschluß an die bürgerliche Tradition gab der 2. Z.S. desselben Gerichts schon 1952 auf. Für ihn ist Sittenwidrigkeit mit Verstoß gegen eine "gesellschaftliche Pflicht" [25] identisch. Noch nich ganz abzusehen ist dabei, ob die in einem anderen Rechtsstreit gebrachte Wendung "gegen gesellschaftliche Pflichten grundlegender Art, also gegen die guten

---

22) vgl. das MRG Nr. 1 (!) insbes. Art. I bis IV.
23) OGZ DDR 1, 19 ff. 24) OGZ DDR 1, 19 (20).
25) OGZ DDR 2, 50 (52).

Sitten"[26] dahin zu verstehen ist, daß "nur" oder daß "jedenfalls" die Verletzung grundlegender gesellschaftlicher Pflichten zur Nichtigkeit führt. Das RG hatte jeden - also nicht nur einen erheblichen - Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden als Nichtigkeitsgrund angesehen, einschränkend nur RGZ 97, 253 (255), wonach "Bedingungen ..., die ... dem Rechtsempfinden jedes billig und gerecht Denkenden erheblich widerstreiten ..., nicht selten "nichtig sein sollen.

Auffällig ist der geringe Raum, den die Frage der guten Sitten in der Rspr. des OG DDR einnimmt, und das Vermeiden jeden Bezugs zur Sittlichkeit. Aus dem spärlichen Material läßt sich kein brauchbarer Anhaltspunkt dazu entnehmen, ob sich die Gesellschaftswidrigkeit nach der Ansicht der Gesellschaft oder nach der Meinung des Gerichts oder nach der kommunistischen Weltanschauung bemißt[27].

II Die Rspr. in Westdeutschland

1) Höchstrichterliche Entscheidungen vor der Konstituierung des BGH

In den beiden hauptsächlich in Frage kommenden Entscheidungssammlungen der "Höchstrichterlichen Entscheidungen in Zivilsachen" (HEZ) und der amtlichen Sammlung des OGH der Brit. Zone heißt es statt der in Mißkredit gekommenen Formel vom gesunden Volksempfinden und der übrigen Ausprägungen der Anstandsformel nur farblos, "ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 I nichtig, wenn es in seinem sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtbild unsittlich ist"[28]. Erst im Jahre 1950 findet sich erstmals wieder der traditionsreiche Satz[29]: "mit dem Anstandsgefühl anständiger, billig und gerecht denkender Kaufleute kaum noch vereinbar ...".

2) Die BGH-Rspr.

a) Anstandsformel und gleichbedeutende Wendungen

Überblickt man die Judikatur des BGH, so ist zunächst die Anknüpfung an das RG festzustellen. Der zweite beherrschende Eindruck ist der einer auffälligen Unsicherheit. Neben die traditionellen Formeln treten relativ häufig Hinweise auf andere Kriterien, die sich in das Gesamtbild nicht harmonisch einordnen lassen[30].

---

26) OGZ DDR 2, 67 (70).
27) Dazu unten: § 3 A I 4.
28) so z.B. OGHZ 3, 158 (161).
29) OGHZ 4, 66 (69).
30) Ähnlich urteilt Simitis a.a.O. S. 16, "daß man sich über den zu befolgenden Weg noch nicht im klaren ist".

Meistens gebraucht der BGH zur Kennzeichnung des Sittenverstoßes die klassische Anstandsformel[31]. Dabei wird diese gelegentlich [32] wohl im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Frankfurt[33] derart variiert, daß "billig" und "gerecht" ve tauscht werden, so daß sie "Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden" lautet.

Auch die anderen vom RG gebrauchten Wendungen finden sich in den Urteilen de BGH wieder, abgesehen von den 'allgemeinen Anstandsbegriffen' [34] und dem 'gesunden Volksempfinden'. So greift BGHZ 10, 228 (232) auf das Durchschnitts maß zurück, wenn er bei der Prüfung, "ob der Vertrag mit dem Anstandsgefühl a ler billig und gerecht Denkenden übereinstimmt", verlangt, daß "vor allem die Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise, hier die der ehrba ren Kaufmannschaft, zu berücksichtigen (sind), wobei das Durchschnittsmaß von Redlichkeit und Anstand zugrunde zu legen ist. Etwaige Mißbräuche, die sich in bestimmten Kreisen gebildet haben, sind nicht zu beachten".

Schon nicht mehr ganz auf dieser Linie liegt eine neuere Entscheidung im 27. Ba Wenn es darin heißt: "das von der A.-GmbH betriebene System des Wechselaus- tauschs (steht) in krassem Widerspruch zu den Auffassungen, die im anständigen schäftsverkehr bei auch nur durchschnittlichen Anforderungen zugrunde gelegt we den müssen" [35], so hängt das mit dem "Durchschnittsmaß von Anforderungen, die der Verkehr ... stellt"[36] zusammen, doch hebt das erwähnte Urteil des BG nicht auf das ab, was der Verkehr fordert, sondern auf das, was vom Verkehr ver langt werden muß. Durch diese Abwandlung bleibt erneut die Frage unbeantwor- tet, wessen Meinung über das "muß" verbindlich sein soll.

b) Hinweise auf absolute Werte

aa) Sittengesetz

War der BGH schon beim Durchschnittsmaß - wenn auch vielleicht noch unbewu - von der bisherigen Rspr. abgewichen, so suchte er durch in letzter Zeit zuneh- mende Bezugnahmen auf neue Kriterien für den Sittenverstoß einen eigenen Weg

Vor allem das vom RG fast nie [37] bemühte Sittengesetz gewinnt in der BGH-Rsp

---

31) so z.B. BGHZ 10, 228 (233); 13, 71 (72); 17, 327 (332); 19, 12 (17); 20, 43 (50
32) erstmals in BGHZ 20, 71 (73), von einem anderen Senat in 22, 347 (357) aufgegr
33) in NJW 1953, 1308.
34) in BGHZ 15, 382 (389) ist aber die Rede vom "allgemeinen Gebot der guten Sitte
35) BGHZ 27, 172 (179).
36) RGZ 104, 330; weitere Nachweise oben Anm. 10.
37) Ausnahme RGZ 109, 137 ff. oben Text zu Anm. 17.

mehr und mehr an Bedeutung. Heißt es in BGHLM § 138 C d Nr. 7 [38] nur allgemein "das Berufungsgericht wird bei seiner sittlichen Wertung des Verhaltens ...", ist BGHZ 12, 308 (320) schon deutlicher, denn dort wird der Verstoß gegen § 826 BGB "vom Standpunkt der Sittengesetze aus" beurteilt.
Noch ausführlicher sagt BGHZ 20, 71 (73):

> "Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung liegt in der ... darin zum Ausdruck kommenden ... unredlichen Gesinnung ... . Sind diese Beweggründe ... mit der sittlichen Ordnung, so wie sie dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden gegenwärtig ist, unvereinbar, so kann seine (des Erblassers) Verfügung von der Rechtsordnung zu keiner Zeit als gültig anerkannt werden".

Trotz des Umfangs der genannten Entscheidung kann man sich kein klares Bild von dem machen, was der BGH meint. Es kommt nämlich nicht zum Ausdruck, was der sprachliche Unterschied zwischen sittlicher Wertung des Gerichts und Unvereinbarkeit mit der sittlichen Ordnung, wie sie allen billig und gerecht Denkenden gegenwärtig ist, sachlich zu bedeuten hat.
Auch aus der folgenden Entscheidung BGHZ 21, 340 (350), die Sittengesetz und Sittenordnung i.S. einer alle verpflichtenden Fundamentalordnung gleichsetzt, läßt sich zu dieser Frage kein brauchbarer Anhaltspunkt gewinnen.

> Das jüngste Urteil in dieser Richtung[39] befaßt sich mit der Frage, ob die Ausübung des Gestaltungsrechts des § 24 EheG u.U. wegen Rechtsmißbrauchs als unwirksam angesehen werden könne. Da die §§ 826, 138 BGB allgemein[40] als Ausdruck des Prinzips des Verbots des Rechtsmißbrauchs angesehen werden, gehört das Urteil zu unserem Thema. Der BGH legt a.a.O., S. 142 zunächst dar, daß dieses Gestaltungsrecht Ausdruck "der im abendländischen Kulturkreis herrrschenden sittlichen Anschauung" sei, wonach die Ehe Einehe sein müsse. Obwohl das Gestaltungsrecht diesem sittlichen Wert dienen wolle, könne seine Ausübung im Einzelfall doch sittenwidrig sein, denn wenn sich das Vorgehen des Berechtigten "eindeutig als Betätigung einer wertverneinenden Lebenseinstellung dar (stellt), so erhält es von dieser notwendigen sittlichen Gesamtwertung her trotz seiner formalrechtlichen Legitimation den Charakter eines Unrechts ... . Die Zurücksetzung der berechtigten Interessen anderer um dieses legalen Rechtserfolgs willen ... ist ... vor dem sittli-

---

38) ähnlich BGHZ 19, 338 (340) im Hinblick auf § 817 BGB; vgl. auch BGHZ 7, 1 (26), wo die ärztliche Honorarbeteiligung als 'unsittlich' bezeichnet wird.
39) BGHZ 30, 140 ff.
40) Palandt, § 826, Anm. 1.

chen Bewußtsein aller billig und gerecht Denkenden nic
zu rechtfertigen [41].

bb) Gerechtigkeit

Parallel zu diesen pauschalen Bezugnahmen auf die sittliche Ordnung laufen die Urteile, die auf besondere Werte aus dieser Ordnung hinweisen, genauer, auf einen Wert, die Gerechtigkeit. So betont BGHZ 13, 71 (73), daß nicht jedes halten, das einen "Verstoß gegen das Gerechtigkeitsgefühl" beinhaltet, als sitte widrig gebrandmarkt werden könne, und auch die ältere Entscheidung BGHZ 10, 228 (232) spricht vom "Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl aller ehrbaren Kaufleute". Wichtig ist dann die Entscheidung im 17. Band[42]. Der Senat führt dort aus:

> "Durch § 826 BGB macht sich das Gesetz Vorschriften der Moral mittelbar zu eigen, indem es Rechtshandlungen auch dann mißbilligt, wenn sie einen Verstoß gegen das Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein des Volkes, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden enthalten. Insoweit dient § 826 BGB der Verwirklichung eines Rechts höherer Ordnung und gestattet die Beachtung wahrer innerer Gerechtigkeit".

An diesen Sätzen fällt einmal die Gleichsetzung des Sittlichkeitsbewußtseins des Volkes mit dem aller billig und gerecht Denkenden auf. Zum anderen ist der synonyme Gebrauch der Begriffe Moral, Recht höherer Ordnung und Gerechtigkeit bemerkenswert.

Der Hinweis auf die "wahre innere Gerechtigkeit" als den durch § 826 BGB eingeführten Maßstab wiederholt sich für § 138 BGB, der es nach BGHZ 23, 175 (181) möglich macht, daß Rechtsgeschäfte "auf ihre Verbindlichkeit unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die materielle Gerechtigkeit vom Richter geprüft werden können".

---

41) a.a.O., S. 145; Hervorhebungen vom Verf. - Daß mit der "im abendländischen Kulturkreis herrschenden sittlichen Anschauung" auf die christliche Ethik Bezug genommen wird, hat der BGH in einer anderen (Straf)sache gesprochen. In NJW 1955, 1287 sagt er: "Eine Schrift ... gefährdet Jugendliche dann sittlich, wenn sie ... in jungen Menschen den Aufbau der unserer christlich-abendländischen Weltanschauung und unserer staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung entsprechenden sittlichen Wertvorstellungen ... erschwert .... ."

42) BGHZ 17, 327 (332), Hervorhebungen vom Verf.

C. ERGEBNIS

I Die Unverbindlichkeit der Verkehrssitte für die Anstandsformel, veranschaulicht an der Rspr. zu § 1 UWG.

Eine der wenigen präzisen Aussagen der Rspr., wie ein Handeln gegen die Anstandsformel festgestellt werden kann, ist eine negative: im Einklang mit der Ansicht aller billig und gerecht Denkenden handelt nicht unbedingt der, dessen Tun im Einklang mit der Übung steht [43].

Man kann diese Ablehnung der Verbindlichkeit irgendwelcher Geschäftspraktiken nicht dadurch bagatellisieren, daß man sie damit erklärt, daß eine Übung in den von §§ 826, 138 BGB getroffenen Grenzbereichen normalerweise sowieso nicht bestehe oder doch kaum feststellbar sei. Das mag für weite Teile des bürgerlichen Rechts richtig sein, im Wettbewerbsrecht aber werden bestimmte Werbungsmethoden tatsächlich praktiziert, die auch ziemlich einfach ermittelt werden können. Die Urteile zur Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG können daher als Prüfstein dafür betrachtet werden, was hinter der Ablehnung der Praktiken bei den §§ 826, 138 BGB steckt.

Dabei wird dann offenbar, daß die Rspr. [44] immer wieder festgestellte Sitten als "Unsitten" erklärt hat, weil sie dem "Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden" [45] zuwiderliefen; daß also die Außerachtlassung der Verkehrssitte nicht mit Beweisschwierigkeiten o.ä. abgetan werden kann. Der BGH[46] ist in dieser Hinsicht sogar noch einen Schritt weiter gegangen. Er erklärt ein Verhalten auch dann für sittenwidrig, wenn es bei den Gewerbetreibenden nicht nur üblich ist, sondern auch für anständig gehalten wird. Er begründet seinen Standpunkt damit, daß es

> "einen Punkt (gibt), wo ... das geschäftliche Interesse des Wettbewerbers sich in einer Weise über die Belange der Allgemeinheit hinwegsetzt, daß die Werbung nach den Anschauungen der Allgemeinheit als nicht mehr tragbar erscheint. Ist dieser Punkt erreicht, so liegt Sittenwidrigkeit selbst dann vor,

---

43) so schon RGZ 48, 114 (125) = oben Anm. 5; aus der st. Rspr. vgl. noch BGHZ 10, 228 (232).

44) bezeichnend RGGRUR 1930, 1204 (1205), wo der Verstoß gegen die guten Sitten "entgegen der Äußerung der Handels- und Industriekammer Leipzig in verneinendem Sinne beschieden" wurde.

45) Baumbach - Hefermehl, a.a.O. Einl. zum UWG, Anm. 53; Tetzner, a.a.O. § 1 Anm. 6e.

46) BGHGRUR 1955, 541 (542), bestätigt in GRUR 1956, 223.

wenn die Gewerbetreibenden ... in ihrer Mehrheit einer solchen Werbung zuneigen und sie ... nicht als anstößig empfinden".

Der Maßstab des "verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" [47] wird also durch den der Durchschnittsanforderung ersetzt, die die Allgemeinheit an die Wettbewerber stellt, wenn der letztere Maßstab strenger ist[46].

II Die Methode der Rspr. zur Ermittlung eines Verstoßes gegen die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden

So wie über die Ablehnung einer Gebundenheit an die Geschäftspraktiken in der Rspr. Einigkeit besteht, so gibt es auch keine Unterschiede in der bei der Feststellung des Sittenverstoßes angewandten Methode. Die Gerichte schildern zunächst den tatsächlichen Hergang, etwa die harten Bedingungen, die ein Darlehensvertrag einem "kleinen Mann" auferlegt [48] oder wie ein Gesellschafter die Vermögensinteressen der übrigen Gesellschafter verletzt hat [49], kurz, den Gesamtcharakter des fraglichen Rechtsgeschäfts (§ 138) bzw. der fraglichen Handlung (§ 826) und knüpfen daran die Feststellung, daß "die Auferlegung so harter Vertragsbedingungen ... gegen das Anstandsgefühl billig und gerecht denkender Leute"[48] verstößt bzw. daß diese Umstände "das Vorgehen ... als sittlich bes. verwerflich erscheinen" lasse [49] oder daß das Verhalten den guten Sitten oder der materiellen Gerechtigkeit usw. widerstreite.

III Die offenen Fragen

Gegen die Rspr. können nach dem soeben Gesagten keine Bedenken derart erhoben werden, daß das Geschehen, um dessen Nichtigkeit es geht oder aus dem eine Schadensersatzpflicht folgen soll, nicht genügend erforscht werde.

Den Gerichten ist aber m.E. vorzuwerfen, daß sie

1) die Bedeutung und den Inhalt des Obersatzes "gute Sitten" nie klar aussprechen.

Trotz der Vielzahl der verwendeten Definitionen bleibt ungewiß, was darunter zu verstehen ist, was insbes. mit der Anstandsformel gemeint ist. Die einzelnen Fragen sind bei der Kritik der betreffenden Urteile schon wiederholt gestellt worden, doch seien die wichtigsten der Übersicht halber hier nochmals zusammengetragen:

---

47) BGHZ 15, 356 (364).
48) RGZ 128, 251 ff.
49) BGHZ 12, 308 ff. insbes. S. 320.

a) Wer zählt zu den billig und gerecht Denkenden ?

b) In welchem Verhältnis steht die Ansicht des erkennenden Gerichts zu der dieser billig und gerecht Denkenden ?

c) Warum sollen (nur) durchschnittliche Anforderungen gestellt werden ?

d) Wieweit kann durch die Verbindlichkeit der Ansicht der billig und gerecht Denkenden die Sittlichkeit, materiale Gerechtigkeit etc. relativiert werden ?

e) Sind die verschiedenen Formeln, von materieller Gerechtigkeit, allg. Anstandsbegriffen bis hin zu herrschendem Volksbewußtsein, Durchschnittsmaß an Redlichkeit und Anstand und der Anstandsformel wirklich gleichbedeutend ?

Daß unser höchstes Zivilgericht auf diese Fragen nicht näher eingegangen ist, muß um so mehr verwundern, als es das Problem als solches einmal sehr deutlich ausgesprochen hat. In einem in diesem Punkt wenig beachteten Gutachten für das BVerfG heißt es[50]:

> "Über die Tragweite nahezu aller Grundrechtsnormen werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Dem gleichen Schicksal unterliegen vor allem auch alle sogenannten Generalklauseln und Begriffe wie gute Sitten, Treu und Glauben, das Wohl der Allgemeinheit, die der Ausfüllung durch Wertvorstellungen bedürfen, die keinem völlig einheitlichen, objektiven Maßstab unterworfen werden können. Das ist zwar an sich in hohem Maße bedenklich, da es auf eine tiefliegende Unsicherheit und Zwiespältigkeit in den Grundfragen des Rechtes hindeutet; es muß aber unter den gegenwärtigen Verhältnissen hingenommen werden. Die Forderung nach Rechtssicherheit kann auch in einem Rechtsstaat mit nahezu lückenloser positiver Gesetzgebung niemals vollkommen erfüllt werden, weil bei der Vielgestaltigkeit der Tatbestände stets Raum für richterliches Ermessen und richterliche Wertausfüllung von Generalklauseln verbleiben muß."

Konsequenzen in der Richtung, das Ausmaß des richterlichen Ermessens näher zu umreißen oder diese Erkenntnis mit den verschiedenen Formeln zu konfrontieren oder zu begründen, warum die Wertausfüllung dem Richter überlassen bleiben sollte, hat das Gericht allerdings nicht gezogen.

Außer der ungeklärten Bedeutung des Obersatzes "gute Sitten" ist den Gerichten noch vorzuhalten, daß sie

---

50) veröffentlicht im Anhang von BGHZ 11; hier wird S. 56 zitiert (Hervorhebungen vom Verf.). Vgl. dazu auch BGH GrSSt 2, 194 (202).

2) die Subsumtion eines Sachverhaltes unter den Obersatz "gute Sitten" nur mangelhaft begründen.

Diese Frage hängt natürlich mit der soeben erörterten zusammen. Solange der Inhalt des Obersatzes nicht voll geklärt ist, kann auch die conclusio nicht einwandfrei begründet werden. So verfahren die Gerichte in den allermeisten Fällen nach der Methode, daß sie nach der Feststellung des Sachverhalts diesen Tatbestand für sittenwidrig erklären, ohne den Schluß zu begründen. Sie erwecken so den - oft trügerischen - Eindruck, als sei die Richtigkeit ihrer Subsumtion offenbar.

Unter diesen Voraussetzungen ist es sehr schwierig, das Ergebnis eines Urteils zu kritisieren, weil bei unklarem Obersatz und nicht begründeter conclusio im Verein mit der Behauptung, die gefundene Lösung entspreche dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, Anhaltspunkte für eine objektive Überprüfung kaum gegeben sind. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die Literatur nur in recht wenigen Fällen zu anderen Ergebnissen als die Rspr. gelangt. Das kann freilich nicht die Notwendigkeit verschleiern, sich über die Grundlagen dieser - weitgehend richtigen - Ergebnisse klarzuwerden, auch deshalb, weil man mit dem so gewonnenen Rüstzeug Fehlentwicklungen entgegentreten kann und auf anderen Gebieten weiterkommt [51], auf denen auch mit der Anstands- bzw. Ansichtsformel gearbeitet wird, wo aber um die Ergebnisse noch gerungen wird.

---

51) dazu unten in § 6 der Arbeit.

§ 3 DIE THEORETISCHEN GRUNDLAGEN DER ANSICHTSFORMEL

Nachdem in § 1 dieser Arbeit neben dem geschichtlichen auch der theoretische Ausgangspunkt der Ansichtsformel am Unterfall der Anstandsformel aufgezeigt worden war, wurde in § 2 die weitere Entwicklung der Anstandsformel durch die Rechtsprechung verfolgt, wobei eine Reihe wesentlicher Fragen offengeblieben ist. Um sie zu klären, soll jetzt der Versuch gemacht werden, alle unterschiedlichen theoretischen Ausgangspunkte darzustellen, von denen aus man theoretisch - nicht geschichtlich - den Versuch machen kann, das Problem der Ansichtsformel zu lösen [1]. Es ist also nicht so, daß für einen feststehenden Begriff "Ansichtsformel" nur noch die passendste wissenschaftliche Untermauerung gesucht wird, sondern es wird umgekehrt von den Versuchen einer Lösung des Problems von den divergierenden theoretischen Grundansichten her der Gehalt der Ansichtsformel bestimmt und dabei zugleich jedesmal gefragt, ob dieser Gehalt sich überhaupt in diese Form fassen läßt. Dabei soll der Anschaulichkeit halber auch in diesem Kapitel die Untersuchung am Beispiel der Anstandsformel vorgenommen werden.

A BEGRÜNDUNG AUS EINER ÜBERGESETZLICHEN WERTORDNUNG

I Inhalt

1) Ausgangspunkt

Hier ist daran zu erinnern, daß bei Inkraftreten des BGB die allgemeine Meinung dahin ging, daß mit dem Begriff "gute Sitten" das Gesetz auf die Ethik bzw. Sittlichkeit Bezug nehme [2]; eine Ansicht, die heute noch von den Standardkommentaren zum BGB vertreten wird[3]. Vergröbernd kann man sagen, daß hier eine Lösung des Problems der guten Sitten über einen existenten, erkennbaren über dem

---

1) Zur Problemstellung vgl. oben § 1 S. 2 f.

2) So Motive Bd 1, 211 f.; Otto Gierke aaO. S. 168 f.; Hölder aaO. S. 102 - 104; Zitelmann aaO. S. 58 - über Ausnahmen vgl. oben § 1 Anm. 12.

3) z. B. BGB RGRK § 138 Anm. 1; Erman § 138, Anm. 1; vgl. weiter Esser, Grundsatz und Norm S. 60 ("ethische Substanzwerte") und Reinhardt aaO., insbes. S. 27 - 29.

positiven Recht stehenden Normenbereich gesucht wird, der über die guten Sitte in das positive Recht zur näheren Bestimmung des Anständigen einbricht. Die §§ 138, 826 BGB etc. wären als eine Art Blankettgesetz ("Blankettformel" nach Esser [4]) aufzufassen, die ihren Inhalt durch eine andere, höhere Ordnung erhielten. Derselbe Gedankengang lautet mit Hilfe der Anstandsformel ausgedrück Ein Verhalten ist dann sittenwidrig, wenn es (nach Ansicht des Richters) gegen eine überpositive Ordnung verstößt bzw., da jeder, der Zugang zu dieser Ordnu hat, zum selben Ergebnis kommen muß, wenn es nach Ansicht aller billig und g recht Denkenden gegen deren Normen verstößt. Billig und gerecht denken dann alle, die diese Ordnung kennen und anerkennen.

Die Lösung steht und fällt mit der Existenz und Erkennbarkeit eines übergesetzlichen Normenbereichs und seiner Eignung für die Lösung des Problems der guten Sitten.

2) Ableitung der Entscheidung aus dem Naturrecht oder der Sittlichkeit

Im Rahmen dieser Arbeit ist es nicht möglich, das Naturrechtsproblem, das Pr blem der Rechtsphilosophie aufzurollen. Die inhaltliche Bestimmung der Sittenwidrigkeit unter Heranziehung naturrechtlicher Gedanken kann nur unter Beschrä kung auf einen Kernbereich des vieldeutigen Begriffs Naturrecht dargestellt werden und zwar beschränkt auf das rationalistische Naturrecht der Aufklärung und auf das theologische Naturrecht [5]. Gerade die Hinweise auf die Sittlichkeit, au der Aufschluß über die Sittenwidrigkeit gewonnen werden soll, sind vielfach Aus druck des Glaubens an eine religiöse Verankerung des Rechts. So wird Sittlichke und "in unserem Rechtskreis geltende abendländisch - christliche We auffassung" simultan gebraucht. Schon in der Entstehungszeit des BGB heißt es in einem Kommissionsbericht zu Art. 30 EGBGB, daß "der Begriff ... der gu ten Sitten ein aus allgemeingültiger Auffassung der Kulturvölker erwachsener sei" [6]. Die christliche Grundlage dieser gemeinsamen Auffassung ist auch heute noch weithin anerkannt - man vergleiche aus der neueren Literatur die klaren Stellungnahmen Eb. Schmidts [7] und des ehemaligen Präsidenten des BGH,

---

4) Grundsatz und Norm S. 63 unter ausdrücklicher Heranziehung des § 138 BGB; ähnlich aaO. S. 150. Die auch sonst verwendete Parallele zu den Blankettg setzen ist deshalb schief, weil die echten Blankettvorschriften (z. B. § 145 StGB) durch nieder rangigere Rechtsnormen ausgefüllt werden.

5) vgl. Fechner, Rechtsphilosophie S. 180 f.. - Zur materialen Wertethik s. u. 3.).

6) nach Mugdan, Bd. 1, 311.

7) Gesetz und Richter, S. 19; vgl. weiter Oertmann aaO. S. 22.

Weinkauff [8] sowie aus der Rechtsprechung des BGH die Entscheidung BGHZ 30, 140 (142) [9]. Doch schon der terminus "abendländisch-christliche Wertvorstellung" läßt die grundsätzliche Gefahr ahnen, die in einer Berufung des Richters auf solche absoluten Normen des Sittengesetzes oder theologisch fundierten Naturrechts liegt. Wenn der Hinweis des Gerichts auf sein sittliches Empfinden, auf sein Gerechtigkeitsgefühl [10] von den Rechtsgenossen hingenommen werden soll, so setzt das voraus, daß diese eine "wertmäßig homogene Gruppe" bilden, denn das Werterleben des Richters entfaltet auf einen Andersdenkenden "oft gar keine Überzeugungskraft" [11]. Die crux dieser Lösung liegt so in ihrer Hilflosigkeit gegenüber dem Angriff, der Richter sei den Beweis für die Richtigkeit seiner Wertschau schuldig geblieben. Wenn ein Wertkonflikt nicht mehr mit der von vielen empfohlenen Zuflucht zu den aus der positiven Rechtsordnung selbst ablesbaren "Grundkräfte(n), ... die die Gestalt dieser Rechtsordnung bestimmen" [12] zu lösen ist, kann er auch nicht durch den Rückgriff auf einen theologisch fundierten Naturrechtssatz geklärt werden. Unsere Rechtsgemeinschaft ist für einen solchen Weg wertmäßig zu zerspalten. Der BGH [13] hat das einmal ganz klar ausgesprochen. In der grundlegenden Entscheidung zum Verbotsirrtum heißt es:

---

8) Richtertum, durchgehend, vgl. insbes. S. 27 mit dem zusätzlichen Hinweis auf die Natur der Sache und Naturrechtsgedanke S. 1691, wo klargestellt wird, daß die übereinstimmende Auffassung der Kulturvölker nicht mehr als ein "Beweisanzeichen" für die Geltung der Naturrechtssätze sei.

9) Weitere Nachweise oben § 2 Anm. 41.

10) Für eine Entscheidung des Richters nach seinem Gerechtigkeitsgefühl bei den "guten Sitten" treten u.a. auch Heck, Gesetzesauslegung S. 238 unter Aufgabe früherer Ansichten; Erich Jung aaO. S. 43, 35; Reichel, Gesetz und Richterspruch S. 110, Festgabe S. 334; Riezler aaO. S. 124 f.; Gustav Rümelin aaO. S. 5 ff. unter Betonung eines "Rechtstriebs" und Sauer, Methodenlehre S. 56 ein. - Sehr schön sagt Schönfeld aaO. S. 31, daß unsere Arbeit sinnlos wäre, "ohne den Glauben an die Gerechtigkeit, die wir nicht erforschen ..., wohl aber erkennen, ... weil wir sie ... gleichsam schlummernd "mitbringen", wenn wir an unsere Arbeit gehen".

11) Fechner, Rechtsphilosophie S. 188. - Ausführlich nimmt auch Larenz, Methodenlehre, insbes. S. 217 - 222 zu der Notwendigkeit und Schwierigkeit einer obj. Begründung der richterlichen Wertsicht Stellung. Auch Schmitt sieht bei fehlender Homogenität in der "Verweisung auf die Rechtsanschauungen des Volkes keine Lösung" (Staatslehre S. 276).

12) Reinhardt aaO. S. 26; ähnlich Heck, Begriffsbildung S. 109 und Gesetzesauslegung S. 238 f.

13) BGHGrS St 2, 194 (202); vgl. auch das oben § 2, Text zu Anm. 50 zitierte Gutachten, veröffentlicht in BGHZ 11, Anhang S. 56.

"Die Meinung, daß ein unverschuldeter Irrtum über das Verbot nicht wohl denkbar sei, (mochte) in den politisch und sozial ausgeglichenen Zeiten der zweiten Häfte des 19. Jahrhunderts einige Berechtigung haben. In Zeiten dagegen, in denen das Gefüge des staatlichen und sozialen Lebens in seinen Grundfesten erschüttert oder geradezu umgestaltet wird, trifft dies nicht zu. Hier werden oft die richtunggebenden Werte durch das Erlebnis der Vergänglichkeit der auf ihnen beruhenden Ordnungen und durch die Ansprüche der um Macht ringenden Gewalten verdunkelt. Was Recht und Unrecht ist, ist nicht mehr selbstverständlich."

Gerade diese Ungewißheit ist der Ausgangspunkt des Problems der guten Sitten. Mit der - keiner weiteren Begründung bedürftigen - Berufung auf die absoluten Gebote der Sittlichkeit wird das Problem deshalb nicht gelöst, sondern einfach geleugnet. Die immer wieder ohne Rücksicht auf das Ergebnis gegen die Methode solcher "Begründungen" vorgebrachten Einwände[14] haben also ihre Berechtigung.

Ein sehr plastisches Beispiel dazu liefert der vom BGH (Großer Senat für Strafsachen) in BGHSt 6, 46 ff. entschiedene "Verlobtenfall". Hier wird bei der Frage, ob der Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten "Unzucht" im Sinne der §§ 180, 181 StGB ist, die Ansicht vertreten, daß - ganz parallel zu dem Begriff der guten Sitten - der Gesetzgeber mit dem Begriff "Unzucht "den Richter auf eine Norm verwiesen hat, die dem Bereich der Ethik angehört" [15]. Da diese "Normen des Sittengesetzes ... aus sich selbst heraus (gelten), ihre (starke) Verbindlichkeit ... auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze (beruht)" [15], gelten sie "unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln"[15]. Dann wird ohne weitere Begründung behauptet, daß "das Sittengesetz dem Menschen die Einehe ... gesetzt" [16] hat und deshalb der Verlobtenverkehr als Unzucht verurteilt, obwohl das Gericht eingangs (aaO. S. 51) die These akzeptiert hatte, daß "Teile der Bevölkerung, denen sittliches Empfinden ... nicht abgesprochen werden könnten", darin keinen Verstoß gegen Zucht und Sitte sähen.

Hier wird ganz deutlich, daß der Senat der Behauptung, er habe das Sittengesetz unrichtig interpretiert, im Grunde nichts entgegenzusetzen hat. Dabei hätte es g

---

14) Joerges, aaO. S. 214; Max Rümelin, Gesetz S. 162; Stammler, Der Richter S. 76; Weischedel, aaO. durchgehend, Welzel, aaO. S. 182 "Beweisführung (läuft) auf den alten naturrechtlichen Zirkelschluß hinaus".

15) aaO. S. 52.

16) aaO. S. 53.

rade wegen der vom Senat bedauerten "Verworrenheit der Lebensverhältnisse, aber auch (der) Verworrenheit und ... Ungleichmäßigkeit der sittlichen Vorstellungen"[17] dringend einer solchen Begründung bedurft. Wenn dagegen Weinkauff [18] meint, "allgemeine rechtsphilosophische Ausführungen darüber zu machen, wie ... diese Ordnung erkannt oder erschaut werden könne, ist nicht Aufgabe eines Gerichts. Es löst diese Aufgabe so, daß es diejenigen naturrechtlichen Sätze findet ... . Kriterium ihrer Wahrheit ist das Gefühl innerer Gewißheit, das sie vermitteln", so übersieht er, daß die auch von ihm beklagte Wertunsicherheit nicht durch bloße Thesen überwunden werden kann, sondern wegen der fehlenden "Gewißheit" nach Beweisen für die Richtigkeit der richterlichen Wertbehauptung verlangt. Wie gefährlich das bloße Behaupten ohne "allgemeine rechtsphilosophische Ausführungen" ist, hat Weischedel [19] gerade an dem genannten BGH-Urteil daran gezeigt, daß die Entscheidung selbst bei Wahrunterstellung des aus dem Sittengesetz hergeholten Axioms die gezogenen Folgerungen nicht zu tragen imstande ist.

Man kann dieser auf die Uneinheitlichkeit der Wertvorstellungen gestützten Kritik auch nicht damit begegnen, daß es doch auch in unserem Volk letzte Wertgemeinsamkeiten gebe. Zwar ist dieser Einwand nicht - wie Oertmann meint[20] - schon deshalb unerheblich, weil es unmöglich ist, "eine kasuistische Ethik aufzubauen" und es keine Sollensordnung gibt, die eine subtilere Regelung als das Recht enthält. Aus so allgemeinen Grundsätzen wie "Personwert vor Sachwert" können vielmehr sehr konkrete Folgerungen für die Lösung von Einzelfällen gezogen werden [21]. Aber gerade das Verlobtenbeispiel zeigt, daß der Kreis der Fälle, wo die übereinstimmenden Wertvorstellungen für die Entscheidung von Einzelfra-

---

17) aaO. S. 57. - Man vgl. dagegen die viel zurückhaltendere Stellungnahme des BVerfG zu § 175 StGB in BVerfG 6, 389 ff., insbes. S. 434 ff. Das BVerfG stützt seine Entscheidung nicht auf die Beschwörung ewiger Gesetze, denen gegenüber das Denken der Bevölkerung unerheblich ist, sondern es hebt nach der Warnung, "das persönliche sittliche Gefühl des Richters kann ... nicht maßgebend sein" (aaO. S. 434) für die Geltung eines Sittengesetzes darauf ab, "ob es allgemein anerkannt wird" (aaO. S. 435). Freilich wird durch die Bezugnahme auf "gesundes Empfinden des Volkes" (aaO. S. 436) das Problem der Abhängigkeit der sittlichen Gebote von der Volksanschauung nicht mit letzter Klarheit gesehen.

18) aaO. S. 1691 f., vgl. dazu auch oben Text zu Anm. 11.

19) aaO. durchgehend. 20) aaO. S. 47, vgl. weiter aaO. S. 22.

21) vgl. Dürig, Grundgesetz, Randnote 33 zu Art. 1 I.

gen nutzbar gemacht werden können, sehr beschränkt ist [22]. So hat Weische del [23] am Beispiel der Einehe aufgewiesen, daß ihre Geltung aus dem humanistischen Menschenbild allein noch nicht entnommen werden kann. Daraus entsteht für den Richter die Versuchung, über allgemein anerkannte Grundwertungen (z.B. humanistisches Menschenbild) hinaus eine Wertableitung bis in Einzelheiten (Einehe) vorzunehmen, um zu praktischen Resultaten zu kommen. Dieses Verfahren birgt die Gefahr, daß sich der gewünschte Effekt (Hinnahme der Einzelableitung um der anerkannten Grundwerte willen) ins Gegenteil verkehrt und diese Grundwertungen angezweifelt werden, weil das konkrete Ergebnis nicht befriedigt und nicht befriedigen muß, weil es in Wirklichkeit durch die angerufene Ordnung nicht gedeckt ist.

Muß so letztlich auf ein theologisch fundiertes Naturrecht als Ausweg aus dem Problem der guten Sitten verzichtet werden, so ist noch zu fragen, ob uns eine absolute Wertordnung mit Hilfe der ratio zugänglich ist. Ein solches rationales Naturrecht, wie es im 17./18. Jahrhundert begründet worden ist, hätte den großen Vorzug, daß es im Wesen der rationalen Ableitung liegt, daß ihre Ergebnisse allgemeingültig und auf ihre Richtigkeit nachprüfbar sind. Trotzdem kann dieser Weg nicht zum Ziele führen, da nach heutiger Erkenntnis die auf diese Weise gewonnenen Ergebnisse nur formalen Charakter tragen [24]. Das Problem, eine allgemein verbindliche und erkennbare materiale Wertordnung aufzuzeigen, bleibt damit weiter offen.

3) Ableitung der Entscheidung aus der materialen Wertethik

Gemessen an den soeben erörterten Naturrechtslehren ist die materiale Wertethik

---

22) Optimistischer Bachof, Richtermacht S. 40, wo diese Übereinstimmung in Grundfragen auch auf die Auslegung der Generalklauseln ausgedehnt wird. Vgl dazu oben Anm. 13 und unten, Text zu Anm. 38.

23) aaO. S. 15 bis 18, vgl. noch S. 19, 31 und aaO. S. 7 ff. zum Versuch einer Rechtfertigung des Ergebnisses des Großen Senats aus der Natur der Sache (Kind!).

24) Auf eine nähere Begründung muß hier verzichtet werden, da sie über das Ziel dieser Arbeit hinausführen würde. Man vgl. z.B. Fechner, Rechtsphilosophie S. 101 bis 104 zur Wertausfüllungsbedürftigkeit des rationalen Gegenseitigkeitsgrundsatzes und Radbruch, Rechtsphilosophie S. 126 zur materialen Festlegung der Gleichheit bei der (formalen) austeilenden Gerechtigkeit. - Der formale Charakter solcher Ergebnisse schließt nicht aus, daß auf rationalem Wege aus dem Wesen des Rechts seine oberste Idee erschlossen wird, die ihrerseits einen Wert darstellt (Gerechtigkeit bzw. Gemeinschaft - dazu Radbruch aa S. 124 und Stammler, Richtiges Recht S. 65). Auch dann ergibt sich aber au

sehr jung. Ihre Begründer Scheler und Nicolai Hartmann [25] stimmen mit den älteren Theorien in der Annahme eines absoluten Wertreichs überein. Das eigentlich Neue der materialen Wertethik ist die These, daß der Kosmos der Werte uns durch das Wertgefühl zugänglich sei.

Die Diskussion um die Versuche, auf diese Weise einen Katalog der Werte aufzustellen, ist noch im Gange und sie wird wohl auch nie ganz abgeschlossen werden. Eine Nutzbarmachung der materialen Wertethik für die Rechtspraxis ist bisher erst sehr selten unternommen worden. Dagegen wird der Richter oft auf das Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft verwiesen, in dem sich "entsprechend den anderen absoluten Werten - jeweils die Rechtsidee offenbart"[26], er wird als "Verkündiger seiner Zeit, ihrer Anschauungen und Bedürfnisse" [27] angesehen. Daß sich die Entscheidung des Richters mit dem Wertbewußtsein der Gemeinschaft deckt, wird damit begründet, daß "die Gemeinschaft trotz ihrer empirischen Vielspältigkeit und Zerfahrenheit zugleich eine sich auch als solche fühlende, geistige Einheit vernünftiger Wesen ist" [26] bzw. daß die "in der Gesellschaft wirkenden Anschauungen ... unzerstörbare Spuren" in der Seele des Richters hinterlassen[28]. Hierin liegen schon gewisse Anklänge an die materiale Wertethik[29], doch fehlt es an der klaren theoretischen Begründung; auch wird die Frage nicht beantwortet, ob jeder der Werteinsicht fähig ist und warum die Resultate übereinstimmen sollen[30]. Am gewichtigsten erweist sich aber auch hier der Einwand, daß die eigentliche Frage, was bei sich widersprechenden Werturteilen innerhalb der Gemeinschaft zu geschehen hat, beiseite geschoben wird.

Für die seltenen Fälle, in denen expressis verbis von der materialen Wertethik ausgegangen wird, hat Stiller [31] klargemacht, daß dabei jedesmal diese

---

dieser formalen Aussage nichts für den materialen Gehalt des Wertes.

25) Hartmann, Ethik S. 126 ff. und 496 ff.; Scheler, aaO. S. 278 ff., insbes. S. 317 ff.

26) Leibholz, Gleichheit S. 61.

27) Oertmann, aaO. S. 35; zum "Gruppengefühl" auch Coing, Rph. S. 57 ff.

28) Peretiatkowicz aaO. S. 571; vgl. auch Rosenthal aaO. § 1 Note 15, der daraus "ohne weiteres" schließt, daß der Richter stets "gemäß dem herrschenden Volksbewußtsein" entscheidet.

29) vgl. Hartmann, Problem S. 226 ff. über das Hineinwachsen eines Individuums in die Moral seiner Zeit.

30) dazu Hartmann, Ethik S. 140.

31) Der hier vertretene Standpunkt geht mit der Stellungnahme Stillers schon in dem Ansatz konform, daß die materiale Wertethik sich noch "in ungelösten Schwierigkeiten befindet und sie keine gesicherten Resultate zu liefern vermag" (aaO. S. 31). - Über die verschiedenen Versuche, sie trotzdem für das

Grundlage verlassen werden mußte und verlassen wurde, um zu praktischen Ergeb
nissen zu gelangen. In der Tat scheint die von der materialen Wertethik erarbei-
tete Wertskala - ihre Richtigkeit einmal unterstellt - noch zu umrißhaft und ung
wiß, als daß sie in absehbarer Zeit zur Entscheidung der im Bereich der Sittenwi
drigkeit auftauchenden Wertkonflikte herangezogen werden könnte. Auch hier
zeigt sich die Tendenz, die Erkenntnisse über Wertreihen und Rangordnungen um
brauchbarer Ergebnisse willen überzustrapazieren, wie sie ähnlich schon bei den
allgemein anerkannten Grundwerten zu beobachten war, mit der Gefahr, daß au
diese Weise über die umstrittene Einzelableitung letztlich auch die Grundwerte
mit in Zweifel gezogen werden.

Soweit sich die oben in § 2 Anm. 38 bis 42 zusammengestellten BGH-Entscheidu
gen mit ihrer Bezugnahme auf "materiale Gerechtigkeit" u.ä. auf die materiale
Wertethik stützen sollten, (ob sie es tun, ist aus der Kürze der Bezugnahme auf
das "Recht höherer Ordnung" - BGHZ 17, 332 - nirgends hinreichend klar ersicht
lich) [32], treffen sie diese soeben dargelegten Bedenken. Es ist ihnen weiter ent

---

Recht nutzbar zu machen, vgl. Stiller S. 32 bis 74, der zu dem Fazit gelan
daß "alle Versuche, welche die ethischen Forderungen von Max Scheler u
Nicolai Hartmann für das Gebiet des Rechts fruchtbar machen wollten, .
sich als unbefriedigend und zum Teil unzureichend erwiesen (haben)" (aaO.
S. 74 f.). - Auch die Verneinung der von Stiller aaO. S. 78 ff. abschlie
ßend gestellten Frage, ob die materiale Wertethik überhaupt für die Grundf
ge des Rechts nutzbar gemacht werden kann, scheint mir zuzutreffen, denn
"die immanenten Schwierigkeiten, welche schon im Ansatz der materialen
Wertethik liegen, (sind), unüberwindbar" (Stiller S. 79).

32) wohl zutreffend geht Weinkauff, Naturrechtsgedanke S. 1691 davon aus,
ter der BGH-Rspr. stehe "unausgesprochen ... die Vorstellung, das schlecht
hin Verbindliche der Ordnung der Werte ... beruhe auf göttliche Setzung".
- Unklar bleibt auch bei Weinkauff die Erkenntnismethode, wenn er aaO
S. 1690 einerseits sagt, diese Ordnung könne "nicht wissenschaftlich zwingen
bewiesen werden" und zugleich betont, sie könne "durch die redliche Anspan
nung der Vernunft und des Gewissens ... mit verhältnismäßig großer intuitiv
Sicherheit ergriffen werden".
Auch Stiller kommt nach einer Auseinandersetzung mit der BGH-Rspr.
(aaO. S. 59 - 65) zu dem Resultat, daß der BGH "trotz einer gewissen Ähnlich
keit in der Terminologie nicht von den Grundlagen der materialen Wert-
ethik aus(geht)" (aaO. S. 66), sondern "daß er tatsächlich vom christlichen
Sittengesetz ausgeht " (aaO. S. 64).

genzuhalten, daß es grundsätzlich nicht richtig erscheint, die im Bereich der Wertphilosophie im Gange befindliche Auseinandersetzung um die Grundlagen der materialen Wertethik vom Recht her dadurch abzuschneiden, daß man sich einfach auf den Boden dieser Lehre stellt, ohne sich die Mühe zu machen, deren Grundlagen durchzudenken und sich mit den dargelegten Einwänden auseinanderzusetzen.

4) Ableitung der Entscheidung aus der Gemeinschaftsidee oder einer Ideologie

Anders als die vorausgegangenen Lösungen, die der Schwierigkeiten, die die Erkennbarkeit eines Wertreichs bietet, durch unterschiedliche Erkenntnismethoden Herr zu werden suchten, nimmt die Lehre vom Gemeinschaftsgedanken als dem obersten Grundsatz, dem die Wertung "sittenwidrig" entnommen werden soll, ihre Zuflucht zu einer Relativierung der aufzusuchenden Ordnung. Diese von Stammler [33] begründete Lösung betont die inhaltliche Konkretisierung des formalen Ausgangspunkts "Gemeinschaft" durch deren Abhängigkeit von dem Stand der jeweiligen Kultur. Den empirischen Gegebenheiten wird so ein großer Einfluß eingeräumt. Freilich geht dieser nicht so weit, daß der Widerspruch zur empirisch festzustellenden Ansicht aller billig und gerecht Denkenden mit der Gemeinschaftswidrigkeit gleichgesetzt werden könnte, vielmehr hängt der Widerspruch zum "sozialen Ideal" von einer richterlichen Subsumtion eines Handelns unter eine am Gemeinschaftsgedanken orientierte Ordnung ab, ohne daß auf die Ansicht der übrigen Gemeinschaftsmitglieder Rücksicht genommen werden müßte [34]. Die Rspr. hat nur in wenigen Fällen die Asozialität eines Verhaltens (mit) zur Begründung seiner Sittenwidrigkeit herangezogen. So hat z.B. BGHZ 27, 172 (180) "das Kreditbeschaffungssystem der A.-GmbH als seiner Natur nach gemeinschaftsschädigend und auch unter diesem Blickpunkt als sittenwidrig" gekennzeichnet.

Die Gesellschaftswidrigkeit, auf die sich die ostzonalen Gerichte mehr und mehr stützen [35], ist nur mit Vorbehalt mit dem Verstoß gegen den Gemeinschaftsgedanken gleichzusetzen. In Wirklichkeit beruhen diese Urteile auf dem Widerspruch des für sittenwidrig erachteten Verhaltens mit der herrschenden Ideologie, und erst über die Fiktion, daß die ganze Rechtsgemeinschaft dieser Ideologie folgt, wird der Abfall von der Ideologie zum Abfall von der Gemeinschaft. Man könnte

---

33) Richtiges Recht S. 65; Der Richter S. 74; ihm ist Joerges - aaO. S. 216 - gefolgt. Vgl. auch Nipperdey aaO. S. 342: der Sinn des Rechts liegt in der "Fortentwicklung der Kultur und Vervollkommnung des Menschengeschlechts".

34) Stammler, Richtiges Recht S. 65, 114.

35) vgl. OG DDRZ 2, 50 ff. und oben § 2 Anm. 25, 26.

auch umgekehrt die Ideologie zu den wechselnden empirischen Gegebenheiten rechnen, von denen der Verstoß gegen das soziale Ideal mit abhängt; doch soll dieser Sonderfall hier getrennt behandelt werden, denn letztlich ließe sich sonst alles unter diesem Stichwort abhandeln.

Anders als bei einer am sozialen Ideal orientierten Entscheidung fehlt es nämlich bei der Bezugnahme auf eine Ideologie an der Einsicht in die geschichtliche Wandelbarkeit der Wertung, da die Ideologien Anspruch auf absolute Geltung erheben. Die Wertlehre der betreffenden Ideologie bestimmt, ob ein Sittenverstoß vorliegt. So führt Franzen in seiner Monographie "Gesetz und Richter" (Untertitel: Eine Abgrenzung nach den Grundsätzen des nationalsozialistischen Staates) 1935 aus: "Der Mangel an einer Wertlehre mag bisher in den Generalklauseln seinen Ausdruck gefunden haben ... . Heute aber ..., nach dem schrankenlosen Sieg des einen Glaubens beherrscht die neue Wertlehre das einige Volk" 36). Als "absoluten Gehalt" der guten Sitten nennt Franzen dann "die deutsche Sitte, das Gemeinwohl, ... Geist der Ehre und Kameradschaft" 36). Ganz entsprechend wird heute in der Ostzone gefordert, "von der Position der Arbeiterklasse ... und ihrer Weltanschauung" 37) auszugehen.

Durch die Heranziehung einer bestimmten Ideologie oder des Gemeinschaftsgedankens wird der bisher ständig wiederholte Vorwurf vermieden, daß die Werte nur so umrißhaft deutlich würden, daß die Lösung eines Einzelfalls dadurch nicht erleichtert werde. Sowohl die Wertlehre einer Ideologie als auch der Gemeinschaftsgedanke, dieser durch Berücksichtigung der empirischen Gegebenheiten, gehen so weit ins einzelne, daß ihre Brauchbarkeit unter diesem Gesichtspunkt nicht angezweifelt werden soll. Aber die Verwendung der Wertlehre einer Ideologie setzt voraus, daß die ganze Rechtsgemeinschaft von deren Richtigkeit überzeugt ist. So ist es keine Frage, daß (private) Monopole nach der marxistischen Ideologie per se verwerflich sind und ihre Benützung zur Erzielung günstiger Vertragsbedingungen von den Gerichten Mitteldeutschlands als sittenwidrig angesehen würde (vgl. OG DDRZ 2, 5 (8)). Doch das Problem der guten Sitten liegt gerade in dem Verlust des einheitlichen Rechtsbewußtseins; es kann zu seiner Lösung deshalb nicht mehr auf die einheitliche Wertauffassung verwiesen werden. Die geistige Zerrissenheit der Völker wird in Deutschland an seiner territorialen Scheidung offenbar. Zwar existieren innerhalb jeder Gemeinschaft gemeinsame Grundlagen, ohne die auch die geschriebene Rechtsordnung nicht möglich wäre. Aber diese geschriebene Ordnung ist in ihren Einzelheiten ein oft mühsam ausgehandelter Kompromiß 38).

---

36) aaO. S. 49. 37) Buchholz aaO. S. 746.
38) Man denke nur an das neue Kartellgesetz.

Entsprechendes gilt für die Stammlersche Lehre von der Sittenwidrigkeit als Unvereinbarkeit mit dem sozialen Ideal. Gewiß gibt es klare Fälle, wo man mit diesem Maßstab zum Ziele kommt. Aber wirklich brauchbar wäre er nur dann, wenn die empirischen Gegebenheiten der konkreten Gemeinschaft einheitlich wären [39].

Ob die Bildung von Privateigentum oder die Bildung von Privateigentum an Produktionsmitteln oder die Konzentration der Produktionsmittel in privater Hand oder die Monopolbildung oder erst die Ausnutzung dieser Monopolbildung zu überhöhten Gewinnen oder gar erst die Ausnutzung zu weit überhöhten Gewinnen dem sozialen Ideal einer Gemeinschaft widerspricht, hängt von ihrer Zusammensetzung ab und kann eindeutig nur beantwortet werden, wenn es sich um eine einheitliche z.B. liberalistische oder kommunistische Gesellschaft handelt. Wo diese Einheitlichkeit nicht vorliegt, ist der Richter dem Angriff ausgesetzt, die von ihm für richtig angesehene Lösung entspreche dem sozialen Ideal nicht, er habe die Grundsätze, auf denen die Gemeinschaft beruhe, verkannt. Da die Ansichtsformel gerade diesen Angriff abwehren soll, kann weder eine Ideologie noch der Gemeinschaftsgedanke ihre Grundlage bilden.

II Ergebnis

Die oben I 2, 3 dargestellten Lösungsversuche gehen zutreffend davon aus, daß es sich bei der Frage nach der Sittenwidrigkeit um einen Wertkonflikt handelt, der von der positiven Rechtsordnung nicht gelöst ist. Sie suchen konsequenterweise die Lösung in einer über dem Recht stehenden Wertordnung, deren Allgemeingültigkeit das gemeinsame Fundament bilden könnte, auf dem alle Glieder der Gemeinschaft stehen. Daraus ergibt sich weiter, daß ein so begründetes Urteil sich als mit der Ansicht aller billig und gerecht Denkenden im Einklang befindlich erklärt.

Die vor allem von der Rechtsprechung zu gering eingeschätzte Schwierigkeit dieser Methode liegt darin, daß der Hinweis auf diese allgemeingültige Wertordnung nicht zugleich die Begründung für die Richtigkeit der Erkenntnis dieser Ordnung einschließt und daß, selbst wenn diese Ordnung richtig gesehen sein sollte, sie vielfach wegen ihres nur grundrißhaften Charakters zur Lösung des konkreten Konflikts nicht geeignet ist. Der Rechtfertigung der These, so sehe das Reich der Werte aus, bedarf es aber, weil - auch wenn über einige Grundwertungen Einigkeit herrscht - die vom Richter zu entscheidenden Einzelfälle vielfach hart umstritten

---

39) vgl. Esser, Einführung S. 30 für die Sitte und Fechner, Rechtsphilosophie S. 188 sowie oben Anm. 11, 14.

sind. Das Rechtsgefühl des Volkes spricht in diesen Fällen keine eindeutige Spra
und fordert daher ein anderes, kontrollierbares Kriterium für die Richtigkeit der
Erkenntnis der Wertordnung. Da die Anstandsformel ein solches nachprüfbares Kr
terium bilden soll, kann keiner der erörterten Ausgangspunkte zu ihrer Grundlag
gemacht werden.

B BEGRÜNDUNG AUS DER NATUR DER SACHE

I Inhalt

Den Ausgangspunkt einer Begründung aus der Natur der Sache, die hier als eine
Strukturiertheit der Realwelt aufgefaßt wird, die zu einer Berücksichtigung durch
den menschlichen Ordnungswillen drängt, bildet die Erwägung, ob und inwiewe
die Sittenwidrigkeit als eine sich aus der Sachvernunft ergebende Unmöglichkeit
der Duldung des fraglichen Verhaltens durch die Rechtsordnung dargestellt werde
kann. Derartige Überlegungen berühren sich insofern mit naturrechtlichen Gedan
ken, als die den Dingen schon innewohnende Ordnung den Menschen ebenso wie
das Naturrecht zum Nachzeichnen zwingt, wenn die menschliche Satzung nicht
verzerrt sein soll; auch sind gegensätzliche Anforderungen von Naturrecht und N
tur der Sache kaum vorstellbar [40].

Die reiche neuere Literatur [41] zur Natur der Sache ist noch so sehr mit grundsä
lichen Fragen beschäftigt, daß sie an die Nutzanwendung im Bereich der guten
Sitten erst andeutungsweise[42] herangehen kann. Ohne die Vorarbeit des Schrift
tums wiederum sieht sich die Rechtsprechung damit überfordert, ihrerseits prakti
sche Folgerungen zu ziehen. Soweit sie sich trotzdem gelegentlich im Rahmen
Sittenwidrigkeit auf die Natur der Sache stützt, tut sie das, ohne die grundsätzl

---

40) Zur näheren Abgrenzung Naturrecht / Natur der Sache und der zwischen be
den Begriffen herrschenden Spannung vgl. Fechner, Rechtsphilosophie S. 14
Anm. 15 und Larenz, Wegweiser S. 287 mit weiteren Nachweisen. Auch is
daran zu denken, ob es nicht in der Natur einer gesunden Gemeinschaft liegt,
daß sie von einheitlichen Wertvorstellungen beherrscht ist.

41) Ballweg, aaO. durchgehend; Esser, Grundsatz und Norm S. 61, 224 ff.;
Fechner, Rechtsphilosophie S. 146 ff.; Radbruch, Rechtsphilosophie S.
Stratenwerth, aaO. durchgehend; Weischedel aaO. S. 6 ff.; Welz
aaO. durchgehend, zusammenfassend S. 196 ff.

42) Weinkauff aaO. S. 27; Larenz, Wegweiser S. 290 f.

chen Fragen aufzurollen. So hat der BGH [43] die Nichtigkeit des organisierten Wechselakzepttauschs mit dem "Mißbrauch der Einrichtung des Wechsels", also mit der Pervertierung der Natur dieses Wertpapiers begründet, und er hat einmal [44] ein Verhalten mit den guten Sitten deshalb für vereinbar erklärt, weil es nur "die wesenseigene Zweckbestimmung eines jeden Warenzeichens ..., im Verkehr so umfassend und einprägsam als möglich als Kennzeichnung der Waren ... herausgestellt zu werden", zum Ziele hatte.

Die eigentliche Schwierigkeit, die objektiven Seinsstrukturen im Bereich der §§ 138, 826 BGB etc. heranzuziehen, liegt in unserer beschränkten Einsicht in diese Strukturen. Wenn wir für "richtige Entscheidung (nach § 138)" die "Entscheidung nach der Natur der Sache" setzen, hilft uns das solange nicht weiter, als wir diese Sachvernunft nicht hinreichend klar erkennen. Es mag zwar insofern nutzen, als wir uns so wenigstens bewußt werden, daß unser Urteil keine Dissonanz in die außerhalb unserer Einflußsphäre stehende natürliche Vorgeordnetheit der Dinge bringen sollte, aber es kann da nicht weiterführen, wo trotzdem verschiedene Auffassungen über dieses Urteil bestehen. Wo uns aber die Sachvernunft eine bestimmte Entscheidung aufdrängt, wird sie kaum in Zweifel gezogen werden und die Lösung eines Zweifels beschäftigt uns hier. Die Situation sei nochmals durch das oben A I 4 gebrauchte Beispiel der Sittenwidrigkeit einer Monopolstellung bzw. Monopolausnutzung illustriert. Es ist eben nicht klar, welche grundsätzliche Wirtschaftskonzeption der Natur des homo oeconomicus entspricht oder welche Folgerungen sich z.B. aus der Knappheit eines Wirtschaftsgutes naturnotwendig ergeben. Hat man sich erst einmal für eine bestimmte, beispielsweise die kommunistische Anschauung entschieden, dann liegt es allerdings in der Natur der Sache, daß die Ausnutzung eines privaten Monopols sittenwidrig ist. Aber hier ist die Natur der Sache nur ein gefälligerer Ausdruck für konsequente Ableitung aus der kommunistischen Weltanschauung [45].

II Ergebnis

Die Sachvernunft als Leitlinie einer Entscheidung nach den guten Sitten stellt keine Lösung unseres Problems dar, wenn die Ansichten über das der Natur der Sache

---

43) BGHZ 27, 172 (176), doch gebraucht dieses wie das folgende Urteil den terminus Natur der Sache nicht ganz in dem einleitend dargestellten Sinne, da es den Begriff auf ein Rechtsinstitut bezieht.

44) BGHZ 25, 369 (373) "WIPP".

45) Ähnlich steht es mit der Herleitung der Ansichtsformel selbst aus der Natur der Sache, dazu s. u. C.

entsprechende Verhalten auseinandergehen. Es läßt sich dann allenfalls sagen, daß sich auf lange Sicht die "richtige" d.h. die der Sachvernunft gemäße Ansic durchsetzen wird, so wie sich die Anwendung des Vereinsrechtes auch auf den nichtrechtsfähigen Verein - gegen § 54 BGB - durchgesetzt hat. Wie wir aber die se richtige Ansicht erkennen können, ist damit nicht beantwortet. Das ist um so ernster, als jeder Ausweg, den wir im folgenden noch erwägen werden, unrichti sein muß, wenn die Resultate sich nicht mit der Sachvernunft decken.

C BEGRÜNDUNG AUS DER LIBERALISTISCHEN RECHTSAUFFASSUNG

I Inhalt

Scheinbar noch unter das Stichwort "Natur der Sache" gehört die Meinung, daß d ungeregelte Verkehr durch das freie Spiel der Kräfte von selbst in die richtige Ba gelenkt werde und daß deshalb die Übung, die praktizierte Rechtsüberzeugung d Beteiligten den besten Weg verkörpere. So heißt es bei Adickes [46] im Jahre 1872:

> "Diese gleichsam den Dingen schon eingeborene, alle Seiten und Beziehung berücksichtigende, allen Bedürfnissen Rechnung tragende Regelung lebt abe wenigstens bis zu einem gewissen Grade schon greifbar in der Rechtsüberzeu gung der Beteiligten."

Auch die noch heute vor allem im Wettbewerbsrecht [47] besonders häufig beton Maßgeblichkeit der beteiligten Kreise beruht (mit) auf der Ansicht, daß in deren Verhalten sich das Richtige von selbst durchsetzen werde.

Die Berufung auf die Ansicht der (beteiligten) billig und gerecht Denkenden für den Fall, daß das Recht nicht eine klare Lösung vorschreibt, scheint demnach au der Natur der Sache zu folgen. Doch dieser Schluß trügt. In Wirklichkeit geht es hier nicht um die Frage "objektiver Seinsstrukturen", sondern vielmehr um den Glauben, der aus dem freien Spiel der Kräfte hervorgegangene Status bilde den besten Ausgleich der Interessengegensätze. Bei näherem Zusehen stellt sich dann heraus, daß wir es hier mit einer liberalistischen Grundauffassung zu tun haben, der Hinweis auf die Privatautonomie bei Adickes [48] ist hierfür charakteristis

Aber selbst von dieser Grundauffassung hier ist die genannte Lösung nicht zwinge

---

46) aaO. S. 46.

47) Baumbach - Hefermehl, Einl. zum UWG, Anm. 53; Tetzner aaO. § Anm. 38.

48) aaO. S. 47; vgl. auch oben § 1 Anm. 30.

Sie übersieht nämlich, daß es bei den §§ 138, 826 BGB etc. um die Grenzen dieser Privatautonomie geht und daß der menschliche Eigennutz zu gering eingeschätzt wird, wenn man es der Meinung der Beteiligten anheimstellt, wo ihre Freiheit enden soll. Die Erfahrung hat gelehrt, daß die beteiligten Kreise häufig auf das Gemeinwohl wenig Rücksicht nehmen, so daß ihre Ansicht eben nicht allen Bedürfnissen Rechnung trägt. Gerade das Wettbewerbsrecht bietet dafür so traurige Beispiele, daß der BGH, der in BGHZ 15, 356 (364) noch auf den "verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden" abgestellt hatte, mahnen mußte, daß es "einen Punkt (gibt), wo ... das geschäftliche Interesse des Wettbewerbers sich in einer Weise über die Belange der Allgemeinheit hinwegsetzt, daß die Werbung nach den Anschauungen der Allgemeinheit als nicht mehr tragbar erscheint"[49].

II Ergebnis

An dem Versuch, das Problem der Ansichtsformel gewissermaßen mit einem Schlag dadurch zu lösen, daß man die richtige Lösung sich aus dem freien Spiel der Kräfte herauskristallisieren läßt, ist soviel richtig, daß die besonderen Gegebenheiten der betroffenen Kreise bei der Bestimmung der Sittenwidrigkeit mit veranschlagt werden müssen und dabei die Meinung der Betroffenen von Bedeutung werden kann. Entscheidend gegen die Bestimmung des Sittenwidrigen durch die Übung bzw., wo eine solche Verfestigung noch nicht vorliegt, durch die Ansicht der Beteiligten, spricht aber, daß dabei keine Korrektur des Eigennutzes zugunsten der Gerechtigkeit möglich ist. Bei einer so radikalen Berücksichtigung liberaler Vorstellungen würde der Privatautonomie alles gegeben und der Gemeinschaft nichts verbleiben.

D BEGRÜNDUNG AUS DER SOZIOLOGISCHEN RECHTSAUFFASSUNG

I Inhalt

Praktisch zum selben Ergebnis wie der extreme Liberalismus kommt die soziologische Rechtsauffassung. Sie begreift das Recht als "gesellschaftliche Erscheinung" (Ehrlich), die Rechtswissenschaft als einen "Teil ... der Soziolo-

---

49) BGH GRUR 1955, 541 (542; vgl. auch oben § 2 Anm. 46.

gie"[50].

Von da aus ist es nur konsequent, wenn der Richter bei Fehlen eines eindeutigen Rechtssatzes seine Entscheidung "den von ihm (aus eigener Kenntnis oder durch Beweise) festgestellten Tatsachen des Rechts, also den Übungen, Herrschafts- und Besitzverhältnissen" (Ehrlich) [51] entnimmt. Diese Tatsachen des gesellschaftlichen Miteinanders werden nicht durch alle Menschen in gleicher Weise geprägt, sondern in erster Linie "durch die Macht der leitenden Kreise der Gesellschaft" [52]. -Daraus ist beim Fehlen eines Rechtssatzes zu folgern, daß die Übung bzw., wenn auch diese noch nicht besteht, die Ansicht dieser leitenden Kreise[53] den Ausschlag geben muß.

So hatte schon 1910, 3 Jahre vor der "Grundlegung" Ehrlichs, Wüstendörfer in seiner Abhandlung "Die deutsche Rspr. am Wendepunkt" mit dem bezeichnenden Untertitel "Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtfindung" den Richter an das "Werturteil der führenden Kulturschicht" [54] gebunden, zugleich aber betont, daß kein rechtsleerer Raum entstehe, wenn ein derartiges Urteil nicht festellbar sei, sondern daß dann ein eigenes Werturteil des Richters als "Wertbildner" einspränge [55]. Auch nach Beling [56] sind die "empirisch gegebenen Wertvorstellungen ... der ... führenden Kulturschicht" für den Richter verbindlich, und er schließt daraus noch konsequenter als Wü-

---

50) Ehrlich, a.a.O. S.19. 51) Ehrlich, a.a.O. S. 139.

52) Ehrlich, a.a.O. S.49, der diese Wendung nur deshalb ablehnt, weil sie nicht zum Ausdruck bringe, daß "bis zu einem gewissen Grade ... das Interesse der leitenden Kreise mit dem Interesse des ganzen Verbandes oder wenigstens der Mehrheit der Verbandsangehörigen übereinstimmen (muß)".

53) Nicht bei allen Autoren, die sich auf die führende Kulturschicht beziehen, ist die soziologische Rechtsauffassung das alleinige Fundament. Vielfach geht die Vorstellung von einer im soziologischen Sinne führender Schicht eine eigenartige Verbindung mit der Vorstellung von einer im ethischen Sinne führenden Schicht ein, die den Anforderungen einer absoluten Ordnung gegenüber besonders aufgeschlossen ist, Ein gutes Beispiel für eine solche Vermischung der Ausgangspunkte bilden die Vorträge Max Rümelins (Gesetz a.a.O., insbes. S. 304). An diesem Beispiel wird auch deutlich, daß die vorliegende Arbeit den Versuch macht, die Vielzahl der Äußerungen zur Ansichtsformel durch die so weit als irgend möglich getriebene Rückführung der verschiedenen Stellungnahmen auf ihre Grundlagen in die Hand zu bekommen, weil nur so eine Überschaubarkeit erreicht werden kann.

54) a.a.O. S.323. 55) a.a.O. S.325.

56) a.a.O. S. 38 ff. 57) a.a.O. S. 39.

stendörfer, daß bei einem Fehlen dieser Wertung kein Recht vorhanden sei[58].

Die Sittenwidrigkeit wird also durch die Ansicht der führenden Kreise bestimmt, oder, in die Terminologie der Anstandsformel gefaßt: die Führerschicht ist mit den billig und gerecht Denkenden identisch.

Eine an der Oberfläche ansetzende Kritik muß die Unbestimmtheit des Begriffs "herrschende Kulturschicht" und die Schwierigkeit beanstanden, deren Meinung zu ermitteln[59]. Geht man mehr in die Tiefe, dann deckt sich die weitere Kritik mit der an der Einseitigkeit des Rechtssoziologismus überhaupt, wie sie in neuerer Zeit Fechner [60] und von der Rechtsgeltung her Radbruch [61] aufgezeigt haben. "Die Zurückführung des Rechts auf "kausale Interessen", die auch das Sittliche als Faktum behandelt, als das, was in einer bestimmten Gemeinschaft tatsächlich für sittlich, gut, wohlanständig usw. gehalten wird"[62] verwechselt das empirische Sein mit der Norm, die dieses Sein prägen sollte. Eine eingehendere Auseinandersetzung mit diesem Phänomen sei der folgenden Erörterung der demokratischen Grundauffassung [63] vorbehalten, weil erst dort die Berechtigung des Vorwurfs der Verwechslung von empirischem Sein und Sollen fragwürdig wird. Daß der Soziologismus letztlich über seine Anerkennung der Macht der Tatsachen auf eine Gleichsetzung von Recht und Macht herauskommt, die durch die Bezugnahme auf die "führende Kulturschicht" kaum verschleiert wird, kann man sowohl bei Ehrlich ("Macht der leitenden Kreise" [52]) als auch bei Beling nachlesen, der an einer versteckten Stelle [64] von der "machthabenden Schicht" spricht. Über das Scheitern des Versuchs der extremen liberalistischen Auffassung, die Geltung der Macht der Tatsachen damit zu rechtfertigen, daß die Auseinandersetzung der verschiedenen Interessengruppen zu einem ausgewogenen und damit idealen Resultat führen werde, vgl. oben C.

II Ergebnis

Von der soziologischen Rechtsauffassung her ist die Anstandsformel als die Maßgeblichkeit der Ansicht der machthabenden Schicht über die Sittenwidrigkeit zu ver-

---

58) a.a.O. S. 45, dazu auch oben Anm. 25.
59) im einzelnen vgl. dazu unten E I 4 b.
60) Rechtsphilosophie S. 63 f., 276 ff.
61) Rechtsphilosophie S. 176 ff. (181 f.)
62) Fechner, Rechtsphilosophie S. 35 Anm. 41.
63) unten E I 4 d.
64) a.a.O., in einer Anm. auf S. 41.

stehen, deren Mitglieder so mit den billig und gerecht Denkenden identifiziert werden.

Eine solche Deutung ist abzulehnen, weil - abgesehen von technischen Schwierigkeiten (Ermittlung der führenden Schicht) - rechtliches Sollen nicht mit der Übung einer mächtigen Gruppe gleichgesetzt werden darf. Dabei muß allerdings der Umstand im Auge behalten werden, daß ein Rechtssatz die Rechtssicherheit nur garantieren kann, wenn er generell durchsetzbar ist, seine Realisierung gegen den Willen der machthabenden Schicht aber problematisch ist.

E BEGRÜNDUNG AUS DER DEMOKRATISCHEN GRUNDAUFFASSUNG

I Inhalt

1) Ausgangspunkt

Historisch hatte das Mißtrauen der Arbeiterklasse mit zu der Forderung nach objektiven Maßstäben für Nichtigkeitsgründe bzw. Schadenersatzgründe geführt, einem Verlangen, dem man mit der Anstandsformel entgegenkommen wollte. Auf dasselbe Ziel arbeiteten die hin, die von der Vorstellung der gewaltenteilenden Demokratie aus die Forderung auf Meßbarkeit der staatlichen Äußerungen erhoben. Ihr Mißtrauen richtete sich jedoch nicht gegen die Justiz, sondern gegen die Exekutive, deren Macht einer möglichst sicheren Kontrolle unterworfen werden sollte, als deren Maßstab man, ausgehend von der Idee der Volkssouveränität, die Volksanschauung verwendete [65]. Es ist deshalb kein Zufall, wenn die Initiative einer demokratischen Auslegung der Generalklauseln von Vertretern der Verwaltungsrechtswissenschaft ausging. Auch konnte ihre Initiative nicht auf die Exekutive beschränkt bleiben, denn die Justiz mußte kontrollieren, ob die Verwaltung innerhalb dieser Schranken geblieben war und die Kontrollaufgabe erfüllte nur dann ihren Zweck, wenn die Gerichte der Verwaltung keinen zusätzlichen Spielraum einräumen konnten, also an dieselben Schranken gebunden waren. Von da war es nur noch ein kleiner Schritt zu der

---

65) vgl. dazu W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 437, wo die Grenze der polizeilichen Eingriffsbefugnis zwischen Gefahr und bloßer Belästigung danach gezogen wird, "ob sich nach gesellschaftlichen Anschauungen ein polizeiliches Vorgehen rechtfertigen läßt oder nicht" und im Anschluß daran auf den Parallelfall der guten Sitten verwiesen wird.

Anwendung der gewonnenen Ergebnisse auch auf die unbestimmten Begriffe, mit denen wie bei den guten Sitten regelmäßig nur die Justiz und nicht die Exekutive zu arbeiten hat.

2) Gleichheitsgedanke und Durchschnittsformel

Wenn man für die Auslegung des Begriffs der guten Sitten die im Volke lebenden Ansichten über das Anständige als maßgebend bezeichnen wollte, so mußte man von der Volkssouveränität her jeder Meinung das gleiche Gewicht beilegen, denn die Idee der Demokratie beinhaltet die der Gleichheit aller Stimmen. Daraus zog man den Schluß, daß sich laxe und strenge Ansichten gleichrangig gegenüberstehen und für den Richter die mittlere Linie maßgebend sei. Die Anstandsformel wäre dann so zu verstehen, daß
alle Rechtsgenossen billig und gerecht denken, und daß
deshalb aus den verschiedenen Meinungen aller (billig
und gerecht) Denkenden der Durchschnitt gebildet werden muß.

Dieser radikalen Form kommt die Lehre Walter Jellinek's, der Gehalt der guten Sitten sei aus der Erläuterung der Gesellschaft zu ermitteln[66], am nächsten. Die gesellschaftlichen Anschauungen hat nach Jellinek der Jurist "als Kulturhistoriker" [67] festzustellen, indem er "schätzungsweise den Durchschnitt" [67] zieht.

In dem Hinweis auf den "Kulturhistoriker" ist schon eine wichtige Abweichung von dem Gleichheitsdenken angelegt, denn letzteres führt auf die Zahl, während für den Kulturhistoriker als Soziologen die gesellschaftliche Bedeutung einer Anschauung nicht nur von der Menge ihrer Anhänger abhängt. So läßt Jellinek für die Durchschnittsauffassung "nicht allein die Zahl, sondern vor allem auch die Stärke, mit der (eine gesellschaftliche Wertung) auftritt"[67] entscheiden, wobei er andeutet, daß die Stärke von der Stellung des Vertreters der betreffenden Meinung in der Gesellschaft abhängt.

3) Mehrheitsgedanke und herrschendes Volksbewußtsein

Die Durchschnittsformel in dem soeben dargestellten Sinn bleibt in der Durchfüh-

---

Ähnlich machen Drews - Wacke a.a.O.S.27 die Verletzung der öffentlichen Ordnung und damit das Einschreiten der Polizei davon abhängig, daß gegen "die Überzeugung der ganz überwiegenden Mehrheit der Gesamtbevölkerung" verstoßen wird.

66) Gesetz S. 184; Verwaltungsrecht S. 31f., 135. 67) Gesetz S. 171.

rung des demokratischen Prinzips auf halbem Wege stehen. Wenn der Verweis au die guten Sitten die Unvollkommenheit des positiven Rechts eingesteht, liegt es nahe, bei jedem auf diesen Begriff gestützten Urteil den Gesetzgeber zu Rate zu ziehen, im demokratischen Staat also das Volk. Damit wird die Volksauffassung als geeigneter Maßstab postuliert, wobei die Ansicht aller zu berücksichtigen ist. Bis zu diesem Punkt deckt sich die Argumentation mit der oben 2.) zu der Durch schnittsformel. Wurden oben alle bei der Ermittlung des Ergebnisses berücksichtig (Durchschnitt aller), so werden hier alle bei der Ermittlung des von der Mehr heit gewünschten Ergebnisses mitgezählt, weil in der Demokratie die Mehrheit Recht setzt [68].

Auf die Anstandsformel bezogen bleibt es zwar bei der Gleichsetzung aller mit den billig und gerecht Denkenden, aber die Formel läßt nun die Ansicht der Mehrheit aller (billig und gerecht) Denkenden über das Anständige maßgeblich sein. Das kann eine wesentliche Verschärfung oder Lockerung gegenüber der Durchschnittsformel bedeuten.

> Hält zum Beispiel ein Teil des Volkes die vorsätzliche Abwerbung von Arbeitskräften für stets erlaubt (Liberalismus), ein anderer Teil für stets unlauter und ein Teil für nur in bestimmten Fällen unanständig, so lautet bei fast gleichgroßen Teilen die Durchschnittsansicht: Unlauterkeit in bestimmten Fällen. Ist die Mehrheit ausschlaggebend, könnte ein geringes Plus auf der einen oder anderen Seite zu dem Verdikt: stets unlauter bzw. stets erlaubt führen.

Einen Vorteil dieser Methode kann man in der leichteren Ermittelbarkeit des Wil lens der Mehrheit gegenüber dem des Durchschnitts sehen, da die Übung als ein wesentliches und handgreifliches Indiz für den Mehrheitswillen betrachtet werden kann [69]. So geht z.B. das LG Flensburg[70] vor, wenn es ausführt:

---

68) Der psychologische Anreiz, sich auf die h.M. im Volke zu berufen, liegt fü den Juristen auch darin, daß der Umgang mit h.L., h. Praxis, überwiegender Rspr. usw. zu seinem täglichen Brot gehört. Eine Glosse in NJW 1957, 7 enthält dazu treffende Bemerkungen.

69) Mehr als ein Beweiszeichen gibt die Übung nicht ab, denn sie kann statt durch di Mehrheit auch durch einige wenige Mächtige geprägt sein. Auch braucht das an den Tag gelegte Verhalten nicht mit der wahren Überzeugung des Handelnden üb einzustimmen, ein Zwiespalt, der zur Auseinandersetzung mit dem Rechtsgeda ken des § 116 BGB zwänge.

70) in NJW 1953, 1432.

"Verträge der vorliegenden Art sind durchaus üblich ... Unter diesen Umständen können Verträge der vorliegenden Art heute nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden. Eine Sittenwidrigkeit setzt schon begrifflich voraus, daß eine Handlung allgemein als verwerflich betrachtet wird, und schon daran fehlt es grundsätzlich dann, wenn diese Handlung im Geschäftsleben üblicherweise vorgenommen wird."

Die Rückführung der Ansichtsformel auf ein Mehrheitsvotum und dessen Verwurzelung in demokratischem Gedankengut kommt besonders anschaulich in einer Entscheidung des OVG Berlin[71] zum Ausdruck. Anläßlich einer Auseinandersetzung mit Eberhard Schmidt [72] führt der Senat aus[73]:

"Es erscheint ... mit der Rechts- und Sittenordnung im demokratischen Staat unvereinbar, daß über die Sittenwidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ... nicht die Auffassung der Allgemeinheit zu entscheiden hat, sondern das 'an den sozialen Verhältnissen zu orientierende Werturteil des Richters' (letzteres hat Schmidt a.a.O. behauptet) ... Der erkennende Senat hält es für geboten, deutlich von dieser Auffassung abzurücken, deren gefährliche Folgerungen für das demokratische Rechtsleben ihr Urheber wohl nicht erkannt hat ... Der Richter ... hat sich ... entsprechend seiner Stellung im System der Gewaltenteilung nach der Auffassung der Gemeinschaft zu richten, nicht umgekehrt diese nach ihm."

Anschließend untersucht das Gericht die in den verschiedenen Volkskreisen vertretenen Ansichten und kommt a.a.O. zu dem Ergebnis, daß "eine zweifellos außerordentlich große Zahl" dem Mensurschlagen, um dessen Sittenwidrigkeit es in concreto ging, nicht ablehnend gegenüberstehe, so daß es "eine Mehrheit" für sittengemäß halte. Auch in diesem Urteil wird a.a.O. auf "Zahl und Bedeutung derer, die heute das Mensurschlagen befürworten" abgehoben, und so der Ausgangspunkt "Demokratie" nicht völlig konsequent durchgehalten[74].

Wie bei solcher Argumentation die Berücksichtigung aller billig und gerecht Denkenden durch Einbeziehung des demokratischen Gleichheitsgedankens zur Berück-

---

71) in JZ 1955, 272 ff. (275 f.) - Die Revision gegen dieses Urteil ist vom BVerwG in JZ 1959, 19 ff. verworfen worden, ohne daß sich das BVerwG mit den Ausführungen des OVG zur Sittenwidrigkeit näher befaßt.

72) Schlägermensur, JZ 1954, 369 ff. (374).

73) JZ 1955, 275.

74) zu der weiteren Argumentation des Urteils s. u. Text zu Anm. 99.

sichtigung aller verwässert wird, zeigt die bekannt gewordene Schutzmittelentscheidung des BVerwG [75] [76]. Anlaß dieser Ausführungen ist bezeichnenderweise wie schon beim OVG Berlin die Kritik an einer strengeren Stellungnahme, hier des BGH [77]:

> "Richtig ist, daß sich die Gebote von Sitte und Anstand nach der von Herkommen und Erziehung geformten und selbständig fortgebildeten Anschauung verständiger, billig und gerecht denkender Menschen in einem Rechts- und Kulturkreis bestimmen. Es gibt aber nicht ... in allen Fragen von Sitte und Anstand eine einheitliche Auffassung 'aller' derartigen Menschen. Beim Bestehen abweichender Anschauungen ... können die Träger der einen Anschauung Andersdenkenden nicht schlechthin die Verständigkeit oder billige und gerechte Denkart absprechen. Daher darf auch der Richter .... nicht seine persönliche Auffassung allein maßgebend sein lassen. Er muß vielmehr erwägen, welche der Anschauungen, die innerhalb des Kreises aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen vorkommen, derart überwiegt, daß er sie zur Grundlage seines im Namen des Volkes ergehenden Urteils machen darf. Das Vorliegen zahlreicher von dem Urteil des Bundesgerichtshofs abweichender straf- und verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen sollte es nicht zulassen davon zu sprechen, daß der Schutzmittelverkauf mit Außenautomaten bei 'allen' anständigen und gesitteten Menschen Anstoß erregen 'müsse', und so allen Berufs- und Laienrichtern, die zuvor anders entschieden haben, Sitte und Anstand abzusprechen."

Hier verstrickt sich das Gericht derart in den Kategorien billig und gerecht Denkende, Denkende schlechthin (im Namen des Volkes !), in der Schwierigkeit, innerhalb der Denkenden die billig und gerecht Denkenden zu erkennen und innerhalb der billig und gerecht Denkenden bei unterschiedlichen Auffassungen die richtige herauszufinden, daß es zuletzt sich nur noch durch "demokratisches" Zurückziehen auf ein Achselzucken zu helfen weiß, auf ein non liquet, das, wie schon in der erwähnten Entscheidung des OVG Berlin, um dem Bürger nicht zu wehe zu tun, zum Nachteil der staatlichen Eingriffsbefugnis ausschlägt. Hier herrscht tatsächlich in der "Maßstäblichkeit des Maßstabs heillose Verwirrung" [78]! Der handgreiflichste Irrtum liegt in der These, daß bei Stellungnahme für eine bestimmte (strenge) Anschauung den anders (=laxer) Denkenden "billig und gerecht Denkart" abgesprochen werde. Davon kann nicht die Rede sein, sondern es wird lediglich gesagt, daß sich die Andersdenkenden - mögen sie auch ehrenwerte

---

75) BVerwG in NJW 1960, 1407 (1409) = BVerwG 10, 164 ff. (167 f.).

76) Auffälligerweise nach dem OVG Hamburg, W. Jellinek, Drews-Wacke wieder eine Stimme aus dem öffentlichen Recht.

77) BGHSt 13, 16 ff.

78) Fechner, Gutachten 1, S. 15.

Leute sein - im konkreten Fall irren , so gut wie ein OVG irren kann und das BVerwG dann dessen Urteil aufhebt und es nicht mit der Erwägung bestehen läßt, es könne den Männern im Senat des OVG nicht rechtliche Denkart absprechen. Auch läßt das Urteil jede Untersuchung darüber vermissen, welche Ansicht tatsächlich überwiegt und schließlich macht sich das Gericht keine Gedanken darüber, daß es nach seinen eigenen Thesen mit seiner laxeren Beurteilung dem strenger denkenden BGH billige und gerechte Denkart bestreitet.

In der Literatur wird diese Mehrheitsauffassung kaum einmal eindeutig [79] zugrunde gelegt. Sehr stark neigt ihr Oertmann [80] zu, der die bloße Feststellung der "herrschenden objektiven, gesellschaftlichen und ethischen Anschauungen"[81] nur deshalb verwirft, weil es ihnen an der "kasuistischen Vollständigkeit"[82] ermangle. - Aus neuerer Zeit ist besonders auf E.R. Huber [76] hinzuweisen, der so weit geht, daß er sogar den Gesetzgeber an die "herrschenden Moralvorstellungen" binden will, und daraus die praktische Folgerung zieht, daß der Gesetzgeber kein allgemeines Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen erlassen dürfe, "weil nach den allgemein herrschenden Wertvorstellungen in Deutschland in marktregelnden Vereinbarungen nicht 'per se' ein Verstoß gegen das Sittengesetz gesehen wird[83]." Mit dieser Auffassung ist der Kreis geschlossen. Die Kontrolle der Exekutive durch die Verbindlichkeit der Volksanschauung, zunächst auf die Justiz ausgedehnt, wird nun auf die Legislative erstreckt und kehrt so zu sich selbst zurück, weil in einer repräsentativen Demokratie die Mehrheit im Parlament und die Mehrheit im Volke zweierlei sein kann. - Andeutungsweise findet sich die Mehrheitsauffassung auch bei Dürig [76], der die Maßgeblichkeit der in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Werthierachie auch für die zivilrechtlichen Generalklauseln damit begründet, "daß unsere Verfassung die jüngsten umfassenden Plebiszite über die Wertauffassungen der Rechtsgemeinschaft darstellen[84]." Eine Allmacht der Mehrheit kann aus diesem Ansatz bei Dürig

---

79) Soweit die Verbindlichkeit der Durchschnittsansicht (mit) auf die Erwägung gestützt wird, daß um der Gerechtigkeit willen nur durchschnittliche Anforderungen gestellt werden dürfen, wird dazu unten, Text zu Anm. 134) Stellung genommen.

80) a.a.O., insbes. S. 22, 35, 47.

81) a.a.O., S. 22.

82) a.a.O., S. 47.

83) a.a.O., S. 665. - Aus diesem Beispiel folgt auch, daß die Abhängigkeit des Gesetzgebers von herrschenden Meinungen im Volk nicht nur im Sinne einer (selbstverständlichen) Bindung an übereinstimmende Vorstellungen über elementare Fragen von Recht und Unrecht gemeint ist.

84) Grundgesetz, Randnote 133 zu Art. 1 I unter bb.

aber deshalb nicht entstehen, weil dieser der Idee des christlichen Naturrechts gegenüber aufgeschlossen ist[85]) und der Tatsache positiv gegenübersteht, daß das GG gegen eine Allmacht der Mehrheit Sicherungen eingebaut hat[86]).

Auch Wieacker [87]) wendet sich zwar dagegen, die strengeren Wertungen eines Teils des Volkes zugrundezulegen, hält sich aber durch die Betonung der Maßgeblichkeit der "Verständigen und Sachkundigen" [88]) schematischem Mehrheitsdenken fern.

4) Kritik

a) Die Existenz des Maßstabs

Zunächst ist die Frage aufzuwerfen, ob das in Bezug genommene Durchschnittsmaß bzw. die Mehrheitsmeinung überhaupt existiert. Die Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB etc. beruhen auf der Unmöglichkeit einer kasuistischen Aufzählung der sittenwidrigen Tatbestände, weil die künftige Entwicklung nicht vorhergesehen werden kann. Wie sollte aber in diesen neuartigen Fällen schon eine Durchschnittsanschauung bestehen ?

Voraussetzung für einen Durchschnitt bzw. eine herrschende Meinung ist es, daß sich die Rechtsgenossen Gedanken über das fragliche Thema machen. Diese Erwägung führt zu den beiden Fragen:

aa) Stellt in den Fällen der §§ 138, 826 BGB eine ins Gewicht fallende Zahl Überlegungen über die Sittenwidrigkeit an ?

bb) Was geschieht mit denen, die sich keine Gedanken machen oder neutral verhalten ?

zu aa)

Bei der Frage, ob bei der Anstandsformel eine erhebliche Zahl über die Sittengemäßheit eines Verhaltens nachdenkt, hat man sich schon bald dahin geeinigt, daß jedenfalls nicht in allen fraglichen Fällen im Volk eine Meinung besteht. Aus

---

85) vgl. Grundgesetz, Randnote 15 zu Art. 1 I, insbes. Fußnote 2.

86) Grundgesetz, Randnote 25-28 zu Art. 79.

87) Gesetz und Richterkunst, S. 13 ff.; vgl. noch König, a.a.O. S. 44 und Wolff, a.a.O., S. 116, der als Beispiele für unbestimmte Rechtsbegriffe die "guten Sitten" in einem Atemzug mit "Tagesanbruch" nennt und meint damit werde "auf zwar schwankende, aber in jedem konkreten Fall eindeutige Tatsachen" verwiesen.

88) Gesetz und Richterkunst, S. 13.

der Literatur seien Beling[89], Coing[90], Heck[91], Oertmann[81], Max Rümelin[92] und Wüstendörfer[93] genannt, wobei Rümelin[92] ihr Fehlen für den Regelfall hält, während Wüstendörfer a.a.O., S. 325 eher der umgekehrten Auffassung zuneigt[94]. Der Tatsache, daß in einer Reihe von nach der Anstandsformel zu entscheidenden Fällen keine Volksanschauung existiert, auf die der Richter verwiesen werden könnte, haben Literatur [95] und Rechtsprechung dadurch Rechnung getragen, daß sie sich auf die Ansichten der betreffenden Kreise beschränken. Kurz und bündig heißt es in BGHZ 20, 43 (50), "das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Bankleute". Doch können auch diese Eingrenzungen nicht stets zum Erfolg führen, weil selbst in den beteiligten Kreisen nicht immer Vorstellungen über die Sittengemäßheit des fraglichen Verhaltens lebendig sind und weil vorhandene Vorstellungen vielfach vom Gruppenegoismus verzerrt sind und das Interesse der Allgemeinheit vernachlässigen[96].

Die Schwierigkeit der fehlenden tatsächlichen Meinung kann man dadurch beseitigen, daß man darauf abstellt, wie diese Ansicht aussähe, wenn sie sich gebildet hätte. W. Jellinek formuliert die Frage dahin: "Wie würde wohl die Allgemeinheit ... den vorliegenden Fall beurteilt haben, wenn sich bereits eine allgemeine Überzeugung darüber gebildet hätte" [97] ?

Daß auch dies keine Patentlösung sein kann, liegt auf der Hand. Einmal läßt sich diese mutmaßliche Anschauung sehr schwer ermitteln, dazu kommt noch die große Versuchung, die Meinung, die sich nach Ansicht des Ermittelnden bilden sollte als die zu nehmen, die sich gebildet hätte - dazu unter b) -; zum anderen drängt sich der Zweifel auf, ob nicht der Umstand der fehlenden Meinungsbildung beweist, daß in diesen Fällen die h.A. eben kein geeigneter Maßstab ist.

---

89) a.a.O., S. 40
90) in Staudinger § 138, Anm. 5a.
91) Gesetzesauslegung, S. 254 f. 92) Gesetz, Rechtsprechung, S. 271.
93) a.a.O., S. 324 f.
94) Noch entschiedener meint Larenz, Methodenlehre, S. 320, daß "das 'allgemeine Rechtsbewußtsein' zu jeder Zeit inhaltlich reicher (ist) als das Gesetz; es enthält neue Rechtseinrichten, rechtsethische Maßstäbe, konkrete Rechtsgedanken, die im Gesetz noch keinen oder nur erst einen sehr schwachen, nur andeutungsweisen Ausdruck gefunden haben".
95) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. zum UWG, Anm. 53 und Tetzner a.a.O., § 1, Anm. 38.
96) Dazu BGH GRUR 1955, 542; vgl. oben § 2, Anm. 46.
97) W. Jellinek, Gesetz, S. 172.

zu bb)

Dagegen täte man den Vertretern der gekennzeichneten Methode Unrecht, wollte man sie dadurch ad absurdum führen, daß man darauf hinweist, daß, soweit überhaupt Stellung bezogen wird, es meist nur eine verhältnismäßig kleine Zahl sei, weshalb eine Mehrheit derer, die ein Verhalten als sittenwidrig ansehen, nur selten zu finden sei. Es wird von den genannten Autoren als selbstverständlich betrachtet, daß die "Passiven" ganz auszuscheiden sind, daß also nur die Ja-Stimmen den Nein-Stimmen gegenübergestellt werden. Anders freilich Beling, der bei Fehlen der empirischen Wertung durch die tonangebende Schicht einen "rechtsleeren Raum"[98]) annimmt. - In jüngster Zeit hat das OVG Berlin denselben Fehler begangen und allen, die ein Verhalten für sittengemäß halten, die Hinzugezählt, denen der Konflikt gleichgültig ist. Das Gericht argumentiert[99]) "Es mag dahingestellt bleiben, ob die Zahl und Bedeutung derer, die heute das Mensurschlagen befürworten, so gering ist, daß sie bei der Ermittlung der Meinung aller billig und gerecht Denkenden außer Betracht bleiben kann. Denn ihre muß in diesem Zusammenhang die zweifellos außerordentlich große Zahl jener zugerechnet werden, die zu dieser Frage gar keine Stellungnahme beziehen und sich damit also eines abschätzigen Werturteils enthalten[100])."

Dieses Verfahren ist nicht zu rechtfertigen. Stellt man bei der Sittenwidrigkeit schon auf die Zahl der ablehnenden Menschen ab, so kann man eine Handlung als sittengemäß erst anerkennen, wenn eine Mehrheit sie dafür hält: die Stimmenthaltungen können keiner Seite zugerechnet werden.

b) Die Ermittlung des Maßstabs

Wenn im Volke Meinungen über den zu entscheidenden Fall bestehen, taucht als nächstes Problem das ihrer Ermittlung auf. Soweit die Ansichten sich zu Übungen verfestigt haben, ist die Lösung einfach, denn dann können sie "auf dem Wege der gewöhnlichen Tatsachenforschung ... ermittelt werden" (Max Rüme-

---

98) a.a.O., S. 40, vgl. dazu auch oben D. 99) in JZ 1955, 275.

100) Ähnlich rechnet Bachof, Gutachten 2 S. 17, wenn er die Frage, welche einschränkenden Vorschriften die Friedhofsverwaltung bei der Grabmalsgestaltung machen darf, danach entscheidet, "was von der Mehrzahl der Friedhofsbesucher als unangemessen abgelehnt wird" - Auch hier werden die (auf ästhetischem Gebiet) Gleichgültigen einer "Partei" zugeschlagen, ihre Neutralität wird übergangen, interessanterweise wie beim OVG Berlin zum Nachteil einer Eingriffsmöglichkeit der Gemeinschaft. Auf derselben Linie liegt die Schutzmittelentscheidung des BVerwG (oben Anm. 75).

lin)[101]. Wenn diese Konkretisierung zu Übung oder Sitte noch nicht vorliegt und die Ansichten an weniger eindeutigen Merkmalen abgelesen werden müssen, fällt dem Richter bei der Ermittlung die Rolle des Soziologen zu [102]. Dabei macht sich dann oft eine gewisse Eigengesetzlichkeit der soziologischen Methode bemerkbar. Im Sinne der Soziologie herrscht eine Meinung nicht schon dann, wenn sie von der zahlenmäßigen Mehrheit vertreten wird, sondern sie ist von anderen Faktoren, wie dem gesellschaftlichen Rang ihrer Vertreter, abhängig. Deshalb finden von der Ermittlungsmethode her Elemente der Rechtssoziologie Eingang in die Begründungen aus dem demokratischen Gedanken[103]. Das gleiche gilt für die Erforschung der "hypothetischen gesellschaftlichen Anschauungen"[97], auf die nach W. Jellinek dann zurückzugreifen ist, wenn es an einer tatsächlichen Meinung fehlt. Auch diese Aufgabe muß mit den Mitteln der Soziologie durchgeführt werden und gerät so leicht auch im Ergebnis auf das Gleis der Rechtssoziologie.

Wegen der Unsicherheit bei der Ermittlung der herrschenden Ansicht taucht bei allen Vertretern dieser Lösung immer wieder der Gedanke auf, daß infolgedessen die Stellungnahme des Richters selbst von großer Bedeutung ist. Seine "Freiheit des Augenmaßes" (Jellinek)[104] und die "gute Dosis subjektiver Meinung" (Wüstendörfer)[105], die in der Ermittlung des herrschenden Werturteils steckt, kurz, daß dieses Verfahren "ein etwas unsicheres Geschäft" ist (Beling)[106], macht eine drückende Abhängigkeit des Urteils von der Tagesmeinung unmöglich.

Bei dieser Sachlage war nicht klar zu übersehen, wie weit mit der Verbindlichkeit der h.A. wirklich ernst gemacht wurde oder wie weit auf diesem Weg gewonnene Resultate, die dem Richter als untragbar erschienen, als "Ermittlungsfehler" korrigiert werden konnten. Schärfer ausgedrückt, es war nicht deutlich, wie weit die Berufung auf die h.A. im Volk eine Scheinbegründung war und die "nach außen kundgegebene Ableitung der Entscheidung bewußt oder unbewußt nicht übereinstimmt mit derjenigen, die in Wahrheit stattgefunden hat[107]."

---

101) Gesetz, Rechtsprechung, S. 286. Es ist hier aber an die oben Anm. 69 dargelegten Bedenken zu erinnern, wonach die Übung nicht notwendig von der Mehrheit geprägt sein muß, sondern auch von wenigen Mächtigen beherrscht sein kann.

102) Vgl. W. Jellinek, Gesetz S. 171; Beling a.a.O., S. 41; Reichel, Festgabe S. 331 f.

103) vgl. W. Jellinek, Gesetz S. 171 (dazu oben Text zu Anm. 67) und OVG Berlin in JZ 1955, 225 (dazu oben Text zu Anm. 74).

104) Gesetz S. 171. 105) a.a.O., S. 324. 106) a.a.O., S. 40.

107) Brecher a.a.O., S. 231. - Über die Richtigkeit des Ergebnisses ist damit

Gerade die Erinnerung an die geschichtliche Wurzel der Anstandsformel, das Mißtrauen einer Klasse gegen das Ermessen des Richterstandes, dessen Spielraum durch die Bindung an die Volksanschauung eingeschränkt werden sollte, legt die Vermutung nahe, daß manche Gerichte dieser Schranke durch die Handhabung der Anstandsformel samt ihrer Interpretation i.S. der Verbindlichkeit der großen Zahl als Scheinbegründung, "die den richterlichen Entscheidungsspielraum verhüllen und verdecken" [108] soll, auszuweichen suchten.

Die großen Fortschritte der Soziologie, der mit den modernen Methoden der Meinungsforschung ein Instrument in die Hand gegeben ist, das ihr weitgehende Kenntnis vom Denken der breiten Masse oder einzelner Gruppen verschafft, mußten diejenigen, die sich auf die h.A. beriefen, dazu zwingen, Farbe zu bekennen. Wenn es in einer Entscheidung des OLG Hamburg [109] heißt: "Meinungsforschungsumfragen sind als Beweismittel zulässig ... Eine besondere Sachkenntnis ist ... Voraussetzung für die Beurteilung, welche bestimmten 2000 Personen aus der Bevölkerung der Bundesrepublik ausgewählt werden müssen, um einen einwandfreien (!) repräsentativen Durchschnitt der gesamten Bundesbevölkerung oder bestimmter Verkehrskreise zusammenzustellen", so sind die Folgen einer konsequenten Bindung an die h.A. schon umrissen. Soll diese Bindung nicht als bloße Scheinbegründung, als Lippenbekenntnis gewertet werden, muß sie sich die Fortschritte der Wissenschaft zunutze machen. In letzter Konsequenz führt dann die Maßgeblichkeit der h.A. zu einer Auslieferung des Richters an ein Demoskopieinstituts, das den Durchschnitt "einwandfrei" bestimmt und ihm die Beurteilung aus der Hand nimmt; das ihm auch einen Querschnitt liefert, wenn sich noch keine Meinung gebildet hat, da nur 2000 Menschen befragt zu werden brauchen, wenn man die "mutmaßliche Anschauung" (W.Jellinek) festzustellen wünscht.

Der Abstand dieser modernen Methoden der Meinungsforschung zu der größeren Exaktheit der Stimmermittlung bei den Wahlen, auf den Fechner [110] seine Ablehnung der Begründung der Durchschnittsauffassung aus dem demokratischen Prinzip u.a. stützt, wird immer geringer, so daß dieses Argument mehr und mehr an Überzeugungskraft verliert.

---

noch nichts gesagt; auch insoweit übereinstimmend Brecher a.a.O., S. 23 mit der Unterscheidung von Schein- und Fehlbegründung.

108) Brecher a.a.O., S. 244

109) in NJW 1959, 106. - Das Urteil befaßt sich nicht mit dem Problem der Sittenwidrigkeit, sondern nur mit dem der Verkehrsgeltung eines Werbespruchs.

110) Gutachten 1, S. 11.

c) Die Beeinflußbarkeit des Maßstabs

Angesichts der neuen Möglichkeiten, die jeweilige Meinung der Bevölkerung zu erforschen, gewinnt der Hinweis auf die Gefahr deren Verfälschung erhöhte Bedeutung. Vor der großen Anfälligkeit der Öffentlichkeit gegenüber der Propaganda eng umrissener Kreise, die im Zeichen der Massenunterrichtungsmittel Presse, Funk und Film "totale" Folgen haben kann, wird immer eindringlicher gewarnt[111]). Nach den Erfahrungen unserer jüngsten Geschichte ist Skepsis gegenüber der Schätzung C. G. Jungs, wonach die Stärke der "einsichtigen und geistig stabilen Bevölkerungsschicht" höchstens 60 % der Wähler beträgt[112]), nicht angebracht. Es ist hier nicht der Ort, den Ursachen dieser Anfälligkeit gegenüber "subversiven Minoritäten" [112]) nachzugehen. Es hat aber den Anschein, als habe gerade die Bedeutung, die wir der großen Zahl einräumen, zu dieser Entwicklung beigetragen, als erdrücke "die Masse ... die beim einzelnen noch mögliche Einsicht und Überlegung" [113/114]), eine Erwägung, die nicht dazu beiträgt, das Regiment der Zahl auch im Rahmen der Ansichtsformel zu begrüßen.

Wer unter diesem Eindruck auf die Ermittlung der echten Volksmeinung abhebt und dabei mit König [115]) auf "das unbestechliche Auge der Erfahrung" des Richters verweist, gibt im Grunde die Objektivität dieses Maßstabs preis. Dann ist nämlich nicht mehr die herrschende Ansicht, sondern die nach Meinung des Richters echte, die herrschen sollte, maßgebendes Kriterium und damit der Überzeugung des Richters eine ausschlaggebende Stellung eingeräumt. Anders wäre es höchstens dann, wenn sich wissenschaftlich-exakt (etwa von der Medizin her) feststellen ließe, was unter einem "normalen und gesunden Menschen mit durchschnittlichen ethischen und rechtlichen Wertmaßstäben"[116]) zu verstehen ist. Nun sieht es zwar so aus, als kenne die Medizin eine entsprechende Norm, wenn sie einen Geisteskranken als abnormal bezeichnet. In Wirklichkeit hat man aber nur bestimmte Störungen (auch in den Wertvorstellungen) als Krankheiten erkannt und erforscht, ohne daß die Grenzbereiche zwischen gesund und krank eindeutig feststehen und ohne daß man sich darüber im klaren ist, was alles zu einem gesunden Menschen gehört und ob der durchschnittliche Mensch ein gesunder ist [117]). Von dieser Seite ist also keine Hilfe für unser Problem zu erwarten.

---

111) Vgl. z. B. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 105 f. und N. Hartmann, Problem, S. 352 bis 355 und S. 361.

112) C. G. Jung, a. a. O., S. 5. 113) C. G. Jung, a. a. O., S. 6.

114) Vgl. auch Hennies a. a. O., S. 42 "Abbau der Führungsbereitschaft".

115) a. a. O., S. 44. 116) So Dr. jur. Dr. med. Göppinger, a. a. O., S. 2282.

117) Zu letzterem vgl. Kolle, a. a. O., S. 56 ff.

Aber nicht nur wegen der Beeinflußbarkeit der öffentlichen Meinung zum Negat
ven hin erscheint das Abstellen auf Mehrheit oder Durchschnittsmaß bedenklich
Genau so bedeutsam, wenn auch nicht so oft ausgesprochen[118] ist die möglich
Beeinflussung der öffentlichen Meinung zum Positiven. Di
darin liegende Chance, die guten Tendenzen zu fördern, wird preisgegeben,
wenn man auf das Durchschnittsmaß abstellt, weil von ihm keine Beeinflussung
der Individuen zum Besseren ausgehen kann[119]. Wenn die Entartungserscheinu
gen durch den Hinweis auf sie und eine ablehnende Reaktion bekämpft werden
können und auf diese Weise "Entscheidendes zur Entstehung und Konsolidierung
eines allgemeinen Wertbewußtseins" (B a c h o f) [120] beigetragen werden kann
darf ein Durchschnittsmaß unter Mitberücksichtigung dieser Verfallserscheinung
nicht ausschlaggebend sein.

So groß aber immer die Bedenken gegen die Verbindlichkeit der herrschenden A
sicht wegen ihrer möglichen Perversion, die so ebenfalls zur Norm erhoben wür
sein mögen, so entwaffnend scheint das Gegenargument zu sein, die Situation s
bei jeder im demokratischen Staat gängigen Ermittlung der Volksmeinung dies
weil auch dabei die Gefahr der Entstellung und Verzerrung nicht ausgeschlosse
werden könne. - Auch das gelegentlich [121] gegen das Ernstnehmen einer Mei-
nungsumfrage vorgebrachte Argument ihrer "privaten Natur" und ihrer "Anonyi
tät" trifft keinen Wesensunterschied zur demokratischen Wahl.

d) Die Verwechslung von Norm und empirischem Sein

Ging es bisher um den Nachweis, daß sich in einigen Fällen Ansichten noch nic
gebildet haben (oben a)), daß - existieren sie - ihre Feststellung höchst un
cher ist (oben b)) und daß schließlich, hat man sie festgestellt, man oft ein
durch Propaganda verzerrtes Maß in der Hand hält (oben c)), so ist dabei die
Grundposition der erwogenen Lösung unerschüttert geblieben, weil alle diese Ei
wände weitgehend auch für die demokratische Wahl gelten. Es wird nun Zeit,
se Grundposition mit ihren Konsequenzen zu beleuchten. -

Sieht man zunächst einmal vom Bereich der Anstandsformel ab und vergegenwä
tigt sich, wie normalerweise ein richterliches Urteil zustande kommt, so ent-
spricht es allgemeiner Ansicht, daß das Gericht einen Lebenssachverhalt unter

---

118) vgl. aber E s s e r, Einführung, S. 30; S c h ö n f e l d, a.a.O., S. 71.
119) dazu C. G. J u n g, a.a.O., S. 56 und H e n n i e s, a.a.O., S. 62 "fehlende
sozialreformerische Impuls".
120) B a c h o f, Richtermacht, S. 41 unter besonderer Betonung der Rolle des BVe
121) H e n n i e s, a.a.O., S. 32.

einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren hat. Das heißt, es muß ein empirisches Sein (A hat B verletzt) mit einem System von Sollenssätzen (der Rechtsordnung) in Beziehung setzen, um als Resultat das Gebot für den konkreten Fall (A hat B zu entschädigen) zu finden. Der Richter hat demnach das empirische Sein an der Wertung der Norm zu messen, um in dem Beispiel zu dem Schluß zu kommen, daß A die verkehrserforderliche - nicht die verkehrsübliche[122] - Sorgfalt außer acht gelassen hat.

In den Fällen der guten Sitten wäre das - legt man die Anstandsformel von der Demokratie her im oben dargelegten Sinne aus - grundsätzlich anders. Hier schriebe nicht mehr die Norm den Gehalt der guten Sitten vor, sondern ein empirisches Sein (der Durchschnitt bzw. die h.M.) stempelt ein anderes empirisches Verhalten als rechtswidrig. Sehr deutlich kommt das in der Formulierung H.J. Wolffs [123] zum Ausdruck, daß bei Begriffen "wie 'Tagesanbruch' ... 'gute Sitten' auf zwar schwankende aber in jedem konkreten Falle eindeutige Tatsachen" verwiesen werde.

Man kann dagegen nicht etwa einwenden, die damit ausgesprochene Verbindlichkeit der Übung, der Sitte enthalte letztlich doch den Hinweis auf eine Sollensordnung, denn die Sitte fordere auch. Ein derartiger Einwand übersieht, daß die Normen der Sitte sich mit der Übung ändern. Für den Bereich der Mode kennzeichnet N. Hartmann[124] dieses Verfahren so: "Was an Umgangsformen, Anstand, Mode als das Angemessene" empfunden" wird, das "ist" es auch. Man kann sich hier auf keine andere und objektivere Instanz als den herrschenden Geschmack selbst beziehen."

Aber diese Sätze kann man nicht - wie es die hier erörterte Ansicht will - auf das Recht übertragen. Recht ist Ordnung, aber keine Ordnung, die sich willkürlich verändern läßt, da sie nach Gerechtigkeit strebt, die Gerechtigkeit ist die Idee des Rechts [125]. Die spezifische Funktion der Rechtsordnung ist es, die gerechten Richtlinien für das menschliche Zusammenleben aufzustellen[126]. In dem Augenblick, wo das durchschnittliche Verhalten der Menschen oder das nach herrschender Ansicht Erforderliche maßgebende Bewertungsgrundlage für das menschliche Tun wird, kann dieses Tun nicht mehr zu einem außerhalb seiner selbst liegen-

---

122) vgl. RGZ 148, 148(151). 123) a.a.O., S. 116.
124) Problem, S. 359. 125) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 124, 127.
126) Damit erledigt sich auch der Einwand Belings, a.a.O., S. 34, man brauche, wenn man den Gerechtigkeitsgehalt messen wolle, "den Begriff des Rechts als logisches prius". Das logische prius heißt Ordnung, nicht Recht.

den Kriterium (gerechte Norm) in Beziehung gesetzt werden und damit sein Gerechtigkeitsgehalt nicht mehr überprüft werden. Es kann nicht das, was gerecht ist, völlig von unseren Anschauungen abhängig werden. Denn "Dasein (ist) als solches gegen Wahrheit gleichgültig ..., Daseinsinteressen (sind) als solche nicht wahrhaftig in ihrem Sichzeigen und Kämpfen"[127]. So macht Schönfeld [128] treffend darauf aufmerksam, daß sich die Rechtsordnung "nicht einfa treiben lassen" darf, sondern die Bewegung "beherrschen soll und will"; und Weischedel [129] warnt davor, "die verpflichtende Kraft des Rechts einer laxen Durchschnittsmoral des Sichgehenlassens" aufzuopfern. Diese Worte geben der alten Erkenntnis Ausdruck, nach der Sein und Sollen auf verschiedenen Ebenen liegen und Normativität und Faktizität nicht gleichgesetzt werden können[13 Gerade im Bereich der Anstandsformel fehlt es nicht an Versuchen, diesen Gegensatz zu verwischen. Bei der starken Betonung der Ansicht über das Anständig schwingt das Gefühl mit, daß es nicht irgendein zufälliges Handeln ist, das im Rahmen der "guten Sitte" von Bedeutung wird, sondern die (durchschnittliche) Meinung über das Richtige, der auch das "Streben nach Gerechtigkeit" eigentümlich ist und die also in gleicher Weise wie irgend ein positiver Rechtssatz an der Gerechtigkeit orientiert ist. Daran ist zwar richtig, daß die Durchschnitt anschauung der Gesellschaft oder die herrschende Ansicht auch nach Gerechtigk streben, daß sie sogar das Gefühl für das Rechte nie ganz abschütteln können[131] Aber weil es an jedem Beurteilungsmaßstab dafür fehlt, ob sie wirklich auf dem rechten Weg sind, kann der Gefahr einer allmählichen Korrumpierung nicht begegnet werden. Als Maßstab käme wieder nur die herrschende Meinung in Frage und damit wäre der Teufelskreis perfekt. Das durch die "Reduktion der Sittlichkeit auf die Faktizität herrschender Meinungen" (Fechner) [132] entstehende Dilemma kennzeichnet Stammler [133] zutreffend als das alte Problem von Quantität und Qualität.

Ein weiterer interessanter Versuch, dieses Problem zu überspielen, gründet auf

---

127) Jaspers, a.a.O., S. 383, vgl. auch Jaspers a.a.O., S. 642.

128) a.a.O., S. 101 129) a.a.O., S. 32.

130) Speziell für das Gebiet der guten Sitten dazu eindringlich Joerges, a.a.O. S. 214 ff.

131) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 18 Anm. 9.; Radbruch, Rechtsphilosophie S. 178.

132) Gutachten 1, S. 8.

133) Der Richter, S. 76; vgl. auch Max Rümelin, Gesetz, S. 162 und Hennies der a.a.O., S. 25, 28 und 64 zwischen öffentlicher Meinung in qualitativer

der These, daß eine gerechte Norm den Menschen nicht überfordern dürfe[134] und daß das Recht, weil es sich als abstrakte Ordnung an alle Menschen wendet, nur brauchbar ist, wenn es den menschlichen Verschiedenheiten durch Aufstellung durchschnittlicher Anforderungen Rechnung trägt[135]. Aber wer glaubt, damit die Verbindlichkeit des empirischen Durchschnittsmaßes aus der Gerechtigkeit abgeleitet zu haben, ist einem Trugschluß zum Opfer gefallen. Denn die Norm setzt fest, was von den Normadressaten verlangt werden muß, und weil sie nach Gerechtigkeit strebt, wird sie keine übermäßigen Forderungen stellen, ohne daß damit schon gesagt wäre, daß nur Durchschnittliches verlangt werden darf. Auch muß um der Rechtssicherheit willen für das Recht "der Aufbau auf den Durchschnittskräften und -Instinkten, auf dem 'quod plerumque fit', das Absehen von idealen Gesinnungen" (Esser)[136] charakteristisch sein. Aber dies alles schließt keineswegs ein, daß die Bestimmung des Durchschnitts der Meinung der dem Rechte Unterworfenen schrankenlos anheimzugeben ist. Die Rspr. des RG zu den allgemeinen Anstandsbegriffen[137] bildet ein gutes Beispiel für das Auseinanderklaffen von geübter und zu fordernder Rechtsmoral, wobei das RG - richtigerweise - dem praktizierten Durchschnittsmaß die Gefolgschaft verweigert hat [138].

---

und quantitativer Hinsicht unterscheidet.

134) vgl. Coing in Staudinger § 138 Anm. 5 und Sauer, Methodenlehre, S. 160, wo daraus die Folgerung gezogen wird, daß das Recht nur durchschnittliche Anforderungen stellen dürfe.

135) vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 227: Recht als "Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen nach durchschnittlichen, für Alle brauchbaren Maßstäben".

136) Grundsatz und Norm, S. 155. 137) s.o. § 2 Anm. 18.

138) Wie in den Äußerungen zu dieser Frage empirischer und von einer Norm festgesetzter Durchschnitt ineinander übergehen, läßt sich bei Sauer verfolgen, wo das Verhältnis von dem (wohl nur als empirisch zu deutenden) Durchschnitt als "Diagonale im Parallelogramm der Kraftstrebungen" (Methodenlehre, S. 159) zu dem vom Gesetz geschaffenen Normaltyp (a.a.O., S. 160) unklar bleibt.
Vgl. auch Methodenlehre S. 162 gegen Prozeßrecht S. 72. Im ersteren wird das Urteil der Gemeinschaft als maßgeblich betrachtet, im letzteren das richterliche Urteil, dessen Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen der Gemeinschaft "eine andere Frage" sei.

Anders als das Recht kann die Mode auf dieses außerhalb ihrer selbst liegende Maß (die "Qualität") verzichten und die Erkenntnis Nic. Hartmanns, daß für sie nichts als die herrschende Meinung entscheidend sei, ist daher nur für dieses Gebiet gültig[139] und kann nicht auf das Recht übertragen werden, wenn man nicht mit dem Gerechtigkeitsgehalt der Rechtsordnung auch die Ordnung als solche auf das Spiel setzen will.

Trotzdem ist die Problematik mit diesem Hinweis auf den durch die Bindung des Richters an die "Durchschnittsanschauung" drohenden circulus vitiosus nicht ausgeschöpft. Noch eine Überlegung ist zu kontrollieren:
Wurde soeben die Notwendigkeit eines Sollenssatzes als Prüfungsmaßstab für die Ausrichtung der Durchschnittsmeinung auf die Gerechtigkeit hin dargetan, so drängt sich die Frage auf, ob hier (jedenfalls in der Demokratie) nicht nur ein weiteres Glied in den Kreis eingefügt wird, ohne daß er durchbrochen wird. Ob die Durchschnittsmeinung gerecht ist, kann nur eine Norm entscheiden, nicht die Durchschnittsanschauung selbst. Das war der Punkt, bis zu dem wir oben gelangt sind. Im demokratischen Staat aber sind die Rechtsnormen im Grundsatz auf eine Mehrheitsentscheidung des Volkes rückführbar, so daß sich der fatale Dreitakt: Mehrheitsanschauung des Volkes, Überprüfung auf ihren Gerechtigkeitsgehalt durch die Norm, Normsetzung durch die Mehrheit des Volkes - ergibt. Bei dieser Sachlage ist der Verweis auf die Norm - so sollte man meinen - nur ein lästiger Umweg; die Abhängigkeit von der zahlenmäßigen Mehrheit des Volkes ist so und so gegeben. Eine parallel laufende Erwägung scheint zum gleichen Resultat zu führen: Übung in Rechtsüberzeugung führt zur Norm (Gewohnheitsrecht) [140].

Angesichts der nicht zu leugnenden Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung des Volkes als eines Charakteristikums der Demokratie muß zu dem Argument der Vertauschung von Sollen und empirischem Sein noch etwas hinzukommen, um die Unrichtigkeit der Fesselung der Gerichte an Demoskopieinstitute auch von den Axiomen der Demokratie her zu erweisen.

---

139) Hartmann beschränkt sie auch ausdrücklich auf solche Materien (Problem, S. 359).

140) Man könnte in dieses Bild noch eine Erscheinung einzeichnen: im heutigen Parlament der Bundesrepublik haben durch die Ausschaltung der "nicht billig und gerecht Denkenden" (der Links- und der Rechtsradikalen) nur alle die Einfluß, die vom Durchschnittsmaß an Redlichkeit und Anstand auch auf der parlamentarischen Ebene beherrscht sind !

e) Der Gedanke der Repräsentation

Der gängigste Versuch, die Unabhängigkeit des Richters von der zahlenmäßig herrschenden Rechtsansicht im Volke zu begründen, führt über die Repräsentation. So wie in der mittelbaren Demokratie das Parlament als Repräsentant des Volkes in seinen Beschlüssen nicht an die überwiegende Meinung der Wähler gebunden sei, so spreche der Richter zwar im Namen des Volkes Recht, sei als Repräsentant aber dennoch von der Volksanschauung unabhängig [141]. Zum selben Ergebnis kommt die Lehre [142], die diese Unabhängigkeit, die sich auch und gerade bei der Lückenfüllung auswirkt, auf Gewohnheitsrecht stützt. Denn auch die These vom Richter als Repräsentanten muß letztlich auf die gewohnheitsrechtliche Verankerung des Instituts Repräsentation abheben, da es in Rechtsüberzeugung praktiziert wird. Trotzdem scheint die Zwischenschaltung des Begriffs "Repräsentation" nicht nutzlos, da er den Blick für die Grundlagen, für die Voraussetzungen, für die Fortdauer und für den Sinn dieses Gewohnheitsrechts öffnet.

Das Wesen der Repräsentation besteht in der Vergegenwärtigung des im Staat zusammengeschlossenen Volksganzen in der Person des Repräsentanten[143], woraus die Folgerung gezogen wird, der Repräsentant müsse "einen eigenen Wert, eine eigene Würde und Autorität, kurzum die Qualität eines 'Herren', nicht die eines 'Dieners' besitzen"[144]. Die wahre Ursache dieser Unabhängigkeit dürfte mit N. Hartmann [145] darin zu suchen sein, daß die Repräsentation "die Vertretung des fehlenden Gesamtbewußtseins durch das an leitende Stelle gesetzte Einzelbewußtsein" ist, daß also, auch wenn man mit N. Hartmann die Existenz eines Gemeingeists bejaht, dieser doch "keinerlei Ähnlichkeit mit einer Summe" hat, sondern "ein ontisches Novum (ist), das die tragenden Elemente überformt und ihnen unähnlich ist"[146], so daß sich ein anweisendes Gremium nicht denken läßt, der Repräsentant also notgedrungen unabhängig sein muß [147].

---

141) vgl. Arndt, a.a.O., S. 606 f. Bachof, Richtermacht, S. 32 ff., insbes. S. 35, 37; Leibholz, Repräsentation, S. 60, 72. - Dagegen folgert Schmitt, Verfassungslehre, S. 273 ff. aus der normativ bestimmten Tätigkeit des Richters, daß er kein selbständiger Repräsentant sei.

142) Nipperdey, a.a.O., S. 342.

143) in enger Anlehnung an Arndt, a.a.O., S. 606 formuliert.

144) Leibholz, Repräsentation, S. 73. 145) Ethik, S. 302; Hervorhebung v. Verf.

146) Hartmann, Problem S. 192.

147) Es ist also durchaus folgerichtig, wenn in der DDR die Unabhängigkeit der Richter beseitigt wird, denn dort herrscht (angeblich) ein Gesamtbewußtsein, so daß der Sinn der Repräsentation entfallen ist; ihr einziger verbliebener

Das mag alles so richtig sein wie die Tatsache, daß jede Repräsentation "von dem Glauben der repräsentierten personellen Einheit getragen sein" muß [148], und es werden daraus noch wichtige Folgerungen für die Lösung der Anstandsformel gezogen werden müssen [149]. Unbeantwortet bleibt aber die Frage, warum das fehlende Gesamtbewußtsein nicht - den Grundsätzen der Demokratie entsprechend - durch eine Mehrheitsentscheidung ersetzt wird[150]. Diese Frage ist umso eher berechtigt, als man das Institut Repräsentation auf parlamentarischer Ebene mit bloßen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten erklären kann, da dort der Mehrheitswille - freilich nur in pauschaler Form - in regelmäßigen Zeitabschnitten zur Geltung kommt [151]. Bei der Justiz verfängt diese Zweckmäßigkeitserwägung nicht, da hier, anders als beim Parlament, eine grundsätzliche Ausschaltung des Mehrheitswillens vorliegt. Man kann diese Ausschaltung durch die Repräsentantenrolle der Richter erklären, aber damit ist noch nichts darüber gesagt, warum von der Demokratie her nicht zwingend der Weg über die Mehrheitsentscheidung gegan-

---

Grund ist die technische Vereinfachung, die sich mit ihr erzielen läßt; vgl. Benjamin, a.a.O., durchgehend.

148) Leibholz, Repräsentation, S. 142. Es muß nach Leibholz a.a.O., also "damit das Volk repräsentiert werden kann, im Volksbewußtsein die Vorstellung lebendig sein, daß die sich als repräsentative Bildner des Volkswillens berufen fühlenden Instanzen das ganze Volk in neuer, sinnlich greifbarer Gestalt produzieren".

149) Vgl. unten § 4 B II 2.

150) Schmitt, Verfassungslehre, S. 274, folgert aus der Abhängigkeit des Richters vom Gesetz, "daß eindeutige und zwingende Konsequenzen aus dem demokratischen Prinzip gegenüber der Justiz nicht gezogen werden können". Statt einer Lösung des Problems, was bei "Blankettverweisungen an unbestimmte Normen" (Schmitt a.a.O., S. 276) geschehen soll, wird "strengste Bindung"(a.a.O., S. 276) des Richters gefordert und damit der Glaube an eine lückenlose Abhängigkeit des Richters an das Gesetz erneuert.

151) So weist Dürig in HWB, S. 749 den Vorwurf zurück, bei der repräsentativen Demokratie begründe die Repräsentation des Volkes durch das Parlament "eine Sonderstaatsform der Aristokratie .. oder laufe auf eine bloße Fiktion des demokratischen Volkswillen im Parlamentswillen hinaus" - Dürig begründet das damit, der Gegenstandpunkt beruhe auf einer "rechtlichen Unterschätzung des sich ständig wiederholenden plebiszitären Vorgangs der Parlamentswahl und der plebiszitären Nach- und Vorwirkungen dieses Kreationsvorganges, aus dem das Parlament seine demokratische Legitimität bezieht" .. Woher bezieht aber der nicht gewählte und nicht abwählbare Richter seine "demokratische Legitimität" ?

gen werden muß, warum also diese Repräsentation nicht undemokratisch ist[152]. Es bleibt die aktuelle Frage, ob die von Wengler [153] beklagte "hemmungslose Respektlosigkeit gegenüber der richterlichen Unabhängigkeit" wirklich zu bedauern ist, oder ob sie nicht als Ausdruck der gegenwärtig besonders lebendigen demokratischen Idee zu begrüßen ist.

Daß man diese Frage nicht als theoretische Spintisiererei abtun kann, sondern die Auseinandersetzung mit ihr Not tut, zeigt die Entwicklung in Mitteldeutschland. Hier wurde der "bürgerlichen Unabhängigkeitsideologie"[154] der Kampf angesagt und - mit den Worten des Justizministers Hilde Benjamin [155] - "die Verantwortung, die der Richter gegenüber dem Volke trägt, nun auch unmittelbar erkennbar; denn es gilt auch für den Richter das allgemeine Prinzip einer demokratischen Wahl". Angesichts dieser Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit ist es um diese Fragen bei uns erschreckend still.

f) Die Beschränkung des Mehrheitsgedankens auf politische Grundsatzfragen

Die Erörterung der der Verwendung des Mehrheitswillens bei der Anstandsformel wegen seiner Existenz, Ermittelbarkeit und Verfälschung entgegenstehenden Bedenken, der Hinweis auf die mit seiner Verbindlicherklärung vollzogenen Verwechslung von Sollen und empirischem Sein und der damit zusammenhängende Konflikt mit der Repräsentantenrolle des Richters haben an der Deutung der Formel als Maßgeblichkeit der zahlenmäßig herrschenden Meinung ernste Zweifel aufkommen lassen. Als Frage blieb übrig, ob nicht alle diese Mängel in Kauf genommen werden müssen, weil die Idee der Demokratie bei konsequenter Verwirklichung keine andere Interpretation der Sittenwidrigkeit zuläßt. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob man die Demokratie überhaupt bejaht und ob - tut man das - aus ihr wirklich die genannte Folgerung für den Bereich der Anstandsformel gezogen werden muß.

---

152) Zwar mißt Bachof, Richtermacht, S. 35 der Behauptung, die Richtermacht sei undemokratisch, nicht viel Gewicht bei, denn "der Richter ist nicht weniger ein Organ des Volkes wie alle anderen Staatsorgane.... Der Richter spricht Recht 'im Namen des Volkes' ... wie das Parlament im Namen des Volkes Gesetze erläßt".

Aber gerade diese Parallele zum Abgeordneten läßt die "demokratische Legitimität" der Richtermacht zweifelhaft erscheinen, vgl. Anm. 151 und die folgenden Hinweise auf die Verhältnisse in der DDR.

153) a.a.O., S. 1707. 154) Kollektiv in NJ 1958, 588.

155) in NJ 1958, 618.

Diese Frage ist nicht ohne Rückbesinnung auf das Wesen der Demokratie zu beantworten. Dabei kann nur durch strikte Zuspitzung auf das Thema dieser Arbeit ein Zerfließen ihrer Konturen vermieden werden. So ist im Hinblick auf den vieldeutig gewordenen terminus "demokratisch" klarzustellen, daß er hier im Sinne unserer Demokratie westlicher Prägung unter Ausschluß der sog. "Volksdemokratie" gebraucht wird. Auch soll hier die besondere Problematik der repräsentativen Demokratie vernachlässigt und die Betrachtung weitgehend an der unmittelbaren Demokratie orientiert werden. Diese Beschränkung ist deshalb möglich, weil die unmittelbare Demokratie unstreitig die Grundlage der mittelbaren Demokratie bildet. Vor allem aber genügt der Nachweis, daß die fragliche Interpretation der Anstandsformel keine notwendige Konsequenz der unmittelbaren Demokratie darstellt, denn er gilt dann erst recht für die repräsentative Demokratie, wo selbst das Gesetz von Repräsentanten beschlossen wird, die in ihrem Beschluß nicht an die tatsächlich im Volke h.A. gebunden sind. Daß umgekehrt aus der Institution der repräsentativen Demokratie noch nicht die Repräsentantenrolle des Richters als demokratisch legitimiert wird, ergibt sich aus den vorangegangenen Ausführungen[156]. Es gilt also, die Verbindungswege des so eingeengten Demokratiebegriffes zur Anstandsformel aufzuzeigen.

Demokratie heißt Volksherrschaft oder in der Sprache des GG und der Weimarer Verfassung, daß die "Staatsgewalt vom Volke ausgeht"[157]. Da sich das Volk nicht immer einig ist, kommt das Mehrheitsprinzip zur Geltung und Demokratie erscheint als Herrschaft der Mehrheit des Volkes. In dieser Definition fehlt noch die wichtige Angabe, welche stoffliche Reichweite dieser Mehrheitsentscheidung eingeräumt ist.

Hier sind zunächst Gebiete wie die Mode, Tischsitten, u.ä. aus der Betrachtung auszuscheiden, bei denen der Gehalt der Entscheidung belanglos ist, wo im Grunde also kein oder jeder Weg richtig ist. Hier mag man sich mit Rücksicht auf das fehlende materiale Maß auf das formale Maß des "herrschenden Geschmacks" zurückziehen und so formal zu einer richtig/falsch-Unterscheidung gelangen. Im Bereich der Anstandsformel, wo die inhaltliche Richtigkeit wegen der Bezogenheit auf den Wert "Gerechtigkeit" nie belanglos ist[159], interessiert diese Kategorie nicht weiter.

Ferner ist der Mehrheitsentscheidung das weite Feld der "Sachfragen"[160] entzogen. Wo Wissenschaftler eine Lösung aus den Gesetzlichkeiten ihres Fachgebietes ab-

---

156) s.o. Anm. 151, 152. 157) Art. 20 GG, Art. 1 WRV.
158) vgl. Hartmann, Problem S. 359 und oben Text zu Anm. 125, 139.
159) s.o. Text zu Anm. 139.
160) Fechner, Gutachten 1, S. 9.

leiten, ist diese Lösung richtig, sie darf durch eine laienhafte Mehrheitsmeinung nicht verbogen werden. So weist Stammler [161] zutreffend darauf hin, daß "niemand ... bei der Frage, ob eine Krankheit ansteckend sei ...., die im Volke herrschenden Anschauungen als unbedingt maßgebliche Instanz anerkennen (wird)" und Fechner [160] meint, daß niemand die "Konstruktion ... einer Lokomotive von der Durchschnittsmeinung ihrer Benutzer" abhängig machen werde. - Selbst wenn innerhalb des betreffenden Wissenschaftszweiges noch keine Einigkeit über die Lösung herrscht, kann die Laienansicht nicht weiter helfen, sondern der Streit ist von den Wissenschaftlern auszufechten.

Danach verbleibt der demokratischen Mehrheitsentscheidung ein Komplex von Fragen wie Zentralismus oder Föderalismus, Krieg oder Frieden, Rathaus- oder Schulhausbau, bei dem der Inhalt der Entscheidung nicht belanglos ist und sich andererseits für jede Alternative Argumente ins Feld führen lassen, ohne daß das Konglomerat von Wertung, Macht- (Zweckmäßigkeits-) gesichtspunkten und emotionalem Freund-Feind-Denken [162] mit wissenschaftlicher Eindeutigkeit aufgelöst werden könnte. Üblicherweise kennzeichnet man diesen Bereich mit dem Adjektiv "politisch" [163]. In ihm soll die aus der Ungewißheit des Richtigen resultierende Qual der Wahl - auch hier gibt es kein non liquet - nach dem Grundgedanken der Demokratie nicht von einem Einzelnen oder einer herausgehobenen Gruppe getroffen werden sondern von dem ganzen Volk.

Sinnvoll ist diese Mitbelastung und Mitverantwortung nur, wo der dahinterstehende Gedanke der Entscheidungsmündigkeit nicht aus den Augen verloren wird. Meinungs- und Pressefreiheit sind so gesehen keine zufälligen Attribute der Demokratie, sondern wegen der notwendigen Unterrichtung der Bürger vor der Entschei-

---

161) Richtiges Recht, S. 114. Gleiches meint der Hinweis Koschakers a.a.O., S. 200 auf die Unsinnigkeit einer "Volksmedizin".

162) Dazu C. Schmitt, Der Begriff des Politischen, durchgehend.

163) Vgl. Brockhaus, Bd. 3, S. 101: Unmittelbare Demokratie ist "Ausübung der Herrschaft durch das unmittelbar zur Entscheidung politischer Fragen versammelte Volk". - Freilich wird dann im selben Lexikon Politik definiert als "an Machtwerten ausgerichtet", als "eine Form des Handelns, sie ist an kein bestimmtes Sachgebiet gebunden". (a.a.O., Bd. 9, S. 273.) Da diese Ausführungen nicht mit denen zur Demokratie in Beziehung gesetzt werden, helfen sie für unser Problem ebensowenig weiter wie farblose Definitionen des Politischen als "praktische und theoretische Stellungnahme zu den Aufgaben des Staates" (Polit. HWB, Bd. 2, S. 328), darunter fiele auch der Lokomotivenbau!

dung für sie essentiell[164]. Nur von dem damit angesprochenen Erfordernis des möglichst allgemeinen [165] Verständnisses der Problematik läßt sich in etwa der Kreis der Fragen bemessen, die als "politische" sinnvoll dem Mehrheitsprinzip unterworfen werden können. Gerade angesichts der fehlenden wissenschaftlich eindeutigen Lösungen, der im politischen Raum fehlenden "Sachverständigen", muß jeder, der eine Entscheidung (mit) wagt, so viel wie möglich von der Sach verstehen, sie muß "im Erfahrungsbereich aller Gemeinschaftsgenossen"[166] lie gen, da nur so die Hoffnung begründet ist, das Richtige zu treffen, nur deshalb kann das in diesen Fragen nicht gegebene Gesamtbewußtsein durch den Willen c Mehrheit ersetzt werden. Gewiß macht "das Fehlen der Objektivität und eigent chen Urteilsfähigkeit", "die Schwäche der Majorität" [167] aus, wenn wir aber gleichwohl "nichts Besseres" [168] wissen, um "das fehlende Gesamtbewußtsein durch eine Instanz der Entscheidung zu ersetzen"[168], so ist die damit nach der Worten Nicolai Hartmanns vollzogene "Zuflucht zur vox populi in der stille Überzeugung, daß in ihr die vox dei spreche"[169], nur dort berechtigt, wo sich wirklich nichts Besseres anbietet, d.h. bei den Fragen, wo die Majoritäten ein Mindestmaß an Verständnis für das "Wahre", "Echte" [170] aufbringen und wo kein klar umrissener Kreis von Verständigeren finden läßt [171, 172]. Nur in die

---

164) vgl. schon Jean J. Rousseau, a.a.O., S. 31 "Si, quand le peuple suffisamme informé délibère, ... la délibération serait .. bonne.

165) Diese Allgemeinheit muß nicht so weit gehen, daß jeder Stimmberechtigt erfaßt wird. Sie muß aber so groß sein, daß das Ergebnis durch die mit ab- stimmenden Unverständigen nicht "zufällig" wird: vgl. dazu C. G. Jung, a. S. 1 f, wo die "einsichtige ... Bevölkerungsschicht" auf "etwa 60 % der Wähl geschätzt wird. Auch Jung betont a.a.O., die Abhängigkeit dieses Prozen satzes "von öffentlicher Erziehung und Bildung".

166) C. J. Friedrich in HWB, S. 562.

167) N. Hartmann, Problem. S. 351; ähnlich Hennies a.a.O., S. 28.

168) N. Hartmann, Problem, S. 350.

169) N. Hartmann, Problem, S. 352; fast wörtlich übereinstimmend Wieack Gesetz und Richterkunst, S. 13, 15.

170) vgl. dazu N. Hartmann, Problem, S. 354 ff., insbes. S. 361, 373.

171) i. S. des Textes auch Hennies, a.a.O., S. 37, 38-41.

172) Leibholz, Strukturprobleme S. 151 rechtfertigt das Mehrheitsprinzip nu damit, daß es "die größtmögliche Übereinstimmung der Individualwillen m dem Gemeinwillen verwirklicht" und gelangt so konsequenterweise zu eine Mehrheitsentscheidung, bei der es "nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit a kommt". - Bei einem so von der inhaltlichen Richtigkeit losgelösten Mehr heitswillen verliert selbst die nicht bezweifelte Ausnahme der Sachfragen

em Bereich gilt also die auch von Dürig [173] als tragende Grundlage des Majoritätsprinzips hervorgehobene "Vermutung ...., daß der 'maior pars' der Quantität nach auch der 'sanior pars' der Qualität nach ist" [173].

Die danach erforderlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Majoritätsprinzips sind nur bei politischen Grundsatzfragen [174/175] erfüllt. Zwar sind auch die politischen Einzelfragen nicht eindeutig lösbar, doch haben die damit befaßten Beamten (vom Außenministerium bis zum Bürgermeisteramt) auf Grund ihrer Ausbildung und Erfahrung eine größere Chance, im Rahmen der Grundsatzentscheidungen das Richtige zu treffen und einen stabilen Kurs zu halten, als die Masse der Wähler [176]. Auch in der Staatspraxis wird das Volk meistens nur in solchen Grundsatzangelegenheiten befragt, am deutlichsten sichtbar am Modell der repräsentativen Demokratie, wo der unmittelbare Appell an das Volk stark eingeschränkt ist [177/178]. Bezeichnenderweise sind auch die Wahlen weithin von diesen Grundsatzfragen geprägt.

---

ihre eigentliche Rechtfertigung und das Bekenntnis, daß es "bestimmte Grenzen inhaltlich-materialer Art für den demokratischen Mehrheitswillen (gibt)" (a.a.O., S. 154) wirkt unvermittelt.

173) Dürig in HWB S. 748.

174) Was Grundsatzfrage ist, läßt sich nicht absolut sondern nur in Relation zum Kreis und Verständnis der Stimmberechtigten festsetzen. So gehört das schon erwähnte Beispiel Schulhaus- oder Rathausbau wohl noch zu den Grundfragen einer Gemeinde und die Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem und ähnliche Grundfragen der Rechtsordnung sind dem ganzen Volke aufgegeben.

175) Mit zunehmender Beschränkung auf Grundsatzfragen steigt das Verständnis und sinkt die Gefahr einer Fehlentscheidung. Das legt den umgekehrten Schluß nahe, daß vielfach hinter der Forderung nach Ausdehnung der Mehrheitsvoten auf Spezialfragen der Wunsch steht, sich die steigende Manipulierbarkeit der Majoritäten für die Durchsetzung von Sonderinteressen nutzbar zu machen.

176) Im Ergebnis wie hier Friedrich, a.a.O., S. 562.

177) Vgl. Art. 73 WRV; noch enger das GG, wo nur nach Art. 29 eine Volksbefragung zugelassen ist; siehe auch §§ 21, 65 Württ. GemO (Bürgerentscheid; Gemeindeversammlung).

178) Zum Verhältnis Volksbefragung und repräsentative Demokratie vgl. auch das Atomtodurteil des BVerfG, BVerfG 8, 104 ff., insbes. Leitsätze 3 und 6. Die Frage bleibt letztlich (S. 121 f.) unentschieden.

In dieser Form wird der Grundgedanke der Demokratie bejaht, und es ist jetzt die Nutzanwendung für das Verhältnis von Mehrheitsentscheidung und Anstandsformel zu ziehen. Dabei ist zunächst die Feststellung zu wiederholen, daß hier "Anstand" nicht i. S. von Tischsitten u. dgl. gemeint ist[179], deren Inhalt im einzelnen belanglos ist, sondern daß um den Gehalt der Wertung "sittlich" gerungen wird. Weiter ist an die oben [180] ausführlich dargestellte fehlende Eindeutigkeit dieser Wertung zu erinnern. Bis zu diesem Punkt liegen also die Voraussetzungen für die Anwendung des Majoritätsprinzips vor. Seine Anwendung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil es hier um Wertfragen geht, denn bei vielen unzweifelhaft politischen Entscheidungen spielen Wertungen mit oder sogar die ausschlaggebende Rolle. Aber ebenso haben die vorangegangenen Ausführungen gezeigt, daß dies nicht genügt, um von der Idee der Demokratie aus zwingend die Anstandsformel i.S. der Ansicht einer zahlenmäßigen Mehrheit interpretieren zu können. Vielmehr ist nun zu prüfen, ob die danach "Stimmberechtigten" hinreichendes Verständnis für die auftauchenden Fragen aufbringen.

An diesem entscheidenden Kriterium der Urteilsfähigkeit scheitert die Argumentation von der Demokratie her. Die Mehrheit der Bevölkerung würde überschätzt, wollte man bei ihr Verständnis für Probleme wie z.B. die Grenzen der Zulässigkeit des Wechselakzepttauschs [181] erwarten. Aus ähnlichen Erwägungen heraus sind sogar verfassungsrechtliche Bedenken gegen reine Laiengerichte erhoben worden[182]. Die unzureichende Urteilsfähigkeit der Allgemeinheit in diesen Sonderproblemen wird auch durch den schon erwähnten[183] Umstand bewiesen, daß in diesen Fällen sich im Volke vielfach gar keine Meinung bildet. Nun mag sich fehlende tatsächliche Meinung durch die mutmaßliche ersetzen lassen [184], die fehlende Urteilsfähigkeit läßt sich nicht ersetzen. Hierin liegt der tiefere Grund für die Bedenken, die gegen die Verbindlicherklärung einer mutmaßlichen Volksmeinung sprechen.

II Ergebnis

So scheitert letztlich die Deutung der Anstandsformel i.S. der Maßgeblichkeit

---

179) s. o. § 3 Text zu Anm. 124. 180) s. o. S. 30 ff.

181) BGHZ 27, 172 ff; dazu oben § 2 Anm. 35.

182) vgl. BVerfG NJW 1960, 187, unter Bezugnahme auf ein nichtveröffentlichtes Urteil des LG Heilbronn, wo das Problem unentschieden gelassen wird.

183) s. o. § 3, Anm. 89 ff., ebenda in Anm. 96 auch Hinweise, daß die Begrenzung auf kleinere Kreise, insbes. auf die Beteiligten, wegen des Gruppenegoismus' nicht weiterhelfen.

184) s. o. § 3 Anm. 97.

Mehrheitsmeinung daran, daß der recht verstandene Gedanke der Demokratie keineswegs die Forderung beinhaltet, die Mehrheitsmeinung auf allen Gebieten als verbindlich zu erklären, sondern daß vielmehr die demokratische Mehrheitsentscheidung nur bei solchen politischen Grundsatzfragen Platz greift, bei denen ein weitgehendes allgemeines Verständnis der Problematik erwartet werden darf, ohne daß ein klar umreißbarer Kreis von Fachleuten mit gesteigertem Wissen vorhanden wäre. Da die Anstandsformel nicht zu diesen Grundsatzfragen zählt, wird die hier zur Diskussion stehende Interpretation von der Demokratie her nicht gefordert, sie ist nicht einmal erwünscht, da jede Ausdehnung des Mehrheitsvotums auf sachfremde Bereiche durch die damit drohende Gefahr der Fehlentscheidung das Majoritätsprinzip überhaupt in Mißkredit bringen muß, ein Bedenken, das oben [185] ähnlich auch gegen eine Überdehnung der Ableitungen aus obersten Werten geltend gemacht wurde.

Aber damit darf nicht der Eindruck erweckt werden, als gäbe es zwischen demokratischem Mehrheitsprinzip und Anstandsformel gar keine Bezüge, als sei jede Rücksichtnahme auf die im Volke h.A. in Bausch und Bogen abzulehnen. Anders als bei den Sachfragen ist bei allen Wertfragen und ganz besonders bei Fragen der Sittlichkeit und Gerechtigkeit, die wohl jeden einmal erfassen, die Anschauung des Volkes nicht einfach irrelevant. Je unmittelbarer der Zugang zur sittlichen Wertung ist, je weniger er von einem Gestrüpp tatsächlicher und rechtlicher Vorfragen verdeckt ist, desto mehr Gewicht wird der Volksanschauung beizumessen sein. Wir sollten nicht vergessen, daß gerade die elementarsten sittlichen Wertungen von der Verfassung getroffen sind und damit als politische Grundsatzfragen einmal der Majorität anheimgegeben waren, der Idee nach auch beim Grundgesetz [186]. Selbst die Ewigkeitsklausel des Art. 79 GG ist noch Ausdruck des Glaubens, daß das Volk - jedenfalls in den elementarsten Fragen - zur richtigen Wertung mindestens zurückfindet, denn die Vorschrift kann nur gegen eine zeitweilige Verirrung schützen, eine dauernde ginge auch über Art. 79 GG hinweg.

---

185) s.o. S. 36. - Vgl. noch C.G. Jung, a.a.O., S. 10-12, wo eindringlich vor dem übermächtig-Werden der Masse gewarnt wird, weil sie individuelles Urteilen und Wertfühlen ruiniert.

186) vgl. aus der Präambel: "Hat das Deutsche Volk ... kraft seiner verfassunggebenden Gewalt dieses Grundgesetz ... beschlossen". Freilich hat sich hier der Grundatz der Repräsentation so stark erwiesen, daß es nie zu einer Volksabstimmung gekommen ist.

Diesen elementaren Unterschied[187] in den Kontakten des Volkes zu Sachfragen und Wertfragen verkennt Stammler [161], wenn er die Unbeachtlichkeit der Volksanschauung auf dem Gebiet der Gerechtigkeit mit dem als Parallele gemeinten Beispiel zu begründen sucht, daß "niemand ... bei der Frage, ob eine Krankheit ansteckend sei ... , die im Volke herrschenden Anschauungen als unbedingt maßgebliche Instanz anerkennen (wird)" [161]. Ebenso fehl geht der Hinweis Koschakers [161] auf die Unsinnigkeit einer Volksmedizin, wenn er als Argument für die Unsinnigkeit eines Volksrechts benutzt wird.

Die Anschauung des Volkes ist bei der Anstandsformel zu berücksichtigen, weil die Chance besteht, daß hier im Bereich der sittlichen Wertung aus der "vox populi ... die vox dei spreche" [169]. Die Beachtung dieser Chance hat der BGH [188] in dem banalen Fall der Sorgfaltspflicht eines Vorfahrtsberechtigten einmal so gefordert: "Stellt die Rspr. Anforderungen ..., die sich von der Auffassung der Verkehrspraxis weit entfernen..., so sind hiergegen grundsätzliche Bedenken zu erheben". - Umgekehrt ist jedoch die einfache Gleichung:

Anstandsformel = herrschende Anschauung des Volkes über das Anständige,

ebenfalls unrichtig, weil so "die Vermutung..., daß der 'maior pars' ... auch der 'sanior pars' ... ist" [173] zur Fiktion erhoben würde und weil die Gültigkeit dieser Vermutung abhängt von dem allgemeinen Verständnis für die Problematik dieses Verständnis aber in den besonderen Fragen der Anstandsformel nicht weit genug reicht, die Richtigkeit der Volksmeinung als auch nur wahrscheinlich anzunehmen.

---

187) Auf ihn macht Fechner, Gutachten 1, S. 9 aufmerksam.
188) BGH (VGS) St 7, 118 (124).

§ 4 INHALT UND BEGRÜNDUNG DER ANSTANDSFORMEL

A. RÜCKSCHAU AUF DIE BISHER GEWONNENEN ERGEBNISSE

Nachdem sich auch die Undurchführbarkeit der Gleichsetzung der Anstandsformel mit einer empirischen Mehrheits- oder Durchschnittsmeinung gezeigt hat und die damit erstrebte Verankerung in demokratischem Gedankengut gescheitert ist, ist der Katalog der Grundthesen erschöpft, von denen aus das aufgeworfene Lückenproblem der guten Sitten mit Hilfe objektiver Maßstäbe bewältigt werden sollte. Keine der aus diesen theoretischen Grundanschauungen entwickelte Deutung der Anstandsformel hat sich als hinreichend tragfähig erwiesen. Aus der Auseinandersetzung mit diesen Lösungsverschlägen schält sich jedoch ein Gerippe der Forderungen heraus, die die "richtige" Lösung erfüllen müßte. Auch hat das Versagen der bisher erwogenen Wege gleichzeitig Klarheit über den in ihnen steckenden zutreffenden Kern gebracht, der Bestandteil der richtigen Lösung werden könnte.

Gehen wir den Weg des § 3 noch einmal zurück, so ist vor allem folgendes zu bewahren:

1. Die Chance, daß die empirische Mehrheitsmeinung das Richtige trifft, müßte genutzt werden [1].
2. Die Lösung dürfte ihrer Durchsetzbarkeit wegen dem Willen der machthabenden Schicht nicht widersprechen [2].
3. Das Ergebnis müßte den Bedürfnissen der Beteiligten entgegenkommen [3].
4. Die Lösung müßte die den Lebensverhältnissen innewohnende Struktur nach- und auszeichnen [4].
5. Die vorzunehmende Bewertung der empirischen Gegebenheiten müßte auf eine erkennbare Sollens- (Wert-) ordnung zurückzuführen sein [5].

---

1) s.o. S. 70-73
2) s.o. S. 45 f 3) s.o. S. 43 4) s.o. S. 41 f 5) s.o. S. 39

B. EIGENES ERGEBNIS

I Ausgangspunkt: Fehlen des einheitlichen Wertbewußtseins

Das Versagen der oben in § 3 erwogenen Lösungen läßt sich auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen: das Auseinandergehen der Wertansichten und die Unmöglichkeit, sie richtig zu bestimmen. So stößt man immer wieder [6] auf das Fehlen des einheitlichen Wertbewußtseins als Grundlage der Ansichts- und Anstandsformel.

II Inhalt: Wertentscheidung des Richters

1. Die Notwendigkeit einer richterlichen Wertentscheidung

Das Fehlen eines unbedenklichen Maßstabes ändert nichts an dem Zwang zur Entscheidung der bei den guten Sitten auftauchenden Wertkonflikte. Wir haben ausgesehen, daß die verschiedenen Vorschläge, die diese Entscheidung im Ergebnis dem Richter aus der Hand nehmen und auf andere Kreise verlagern wollen, keine Lösung des Problems bilden. Geblieben ist aber auch die Frage, ob und wie der Richter der Notwendigkeit, ein Urteil zu fällen, gerecht werden kann.

2. Rechtfertigung der Zuständigkeit des Richters aus dem Gedanken der Repräsentation

Daß sich die Rechtfertigung der Zuständigkeit des Richters auch in solchen zweifelhaften Fällen daraus ergeben könne, daß er auf dem Gebiet der Rspr. Repräsentant der Allgemeinheit ist, wurde schon oben [7] angedeutet. Diesen Ansatz der oben durch die Erwägung abgeschnitten wurde, ob das fehlende Gesamtbewußtsein nicht statt durch den Repräsentanten "Richter" durch das Mehrheitsvotum ersetzt werden müsse, gilt es jetzt weiterzuführen.

Dabei ist zunächst an die Unabhängigkeit des Repräsentanten zu erinnern[8]. An der Tatsache, daß der Richter "im Namen des Volkes" Recht spricht, kann also die Bindung an die Volksanschauung speziell im Rahmen der guten Sitten nicht hergeleitet werden. Aber daraus ergibt sich umgekehrt noch keine ungebundene "eigenschöpferische Selbständigkeit" [9] des Richters auf diesem Gebiet. Denn

---

6) s.o. S. 2 7) s.o. § 3 E I 4e. 8) s.o. § 3 Anm. 144 bis 147.

9) Leibholz, Repräsentation S. 89 mit Bezug auf den "politisch entscheidenden Repräsentanten".

de Repräsentation muß "von dem Glauben der repräsentierten personellen Einheit getragen sein"[10]. Wenn man nach der Herkunft dieses "Glaubens" forscht, stößt man im Anschluß an Leibholz [11], auf einen traditionalen, charismatischen oder rationalen Unterbau. Hinsichtlich der Richter lag ursprünglich eine Vermischung charismatischer und rationaler Begründung vor, rational, weil man sie an eine rationale Ordnung band und so "die Legalität der Herrschaftsausübung" (= der Rspr.) gewährleistete; charismatisch, weil man in die Fähigkeit des gelehrten Richters als einer "durch ... --geistig-intellektuelle Qualitäten ausgezeichnete(n) Persönlichkeit", mit dieser Ordnung umzugehen, besonderes Vertrauen setzte.

Weiter ist im Laufe der Entwicklung die Stellung der Richter durch die Dauer ihrer Repräsentationsbefugnisse noch gestärkt worden, so daß diese heute auch traditional unterbaut ist. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Schwergewicht in Deutschland[12] auf der rationalen Begründung ruht.

Damit führt der Exkurs "Repräsentation" scheinbar ohne Ergebnis auf das alte Gleis zurück: Wenn der Richter seine Repräsentanteneigenschaft nicht verspielen will, muß er sich ständig durch die Begründung seiner Entscheidung legitimieren, das Problem der Anstandsformel liegt aber gerade in ihrer Begründung, so daß mit dem Hinweis auf die Repräsentation nichts anzufangen ist.

Aber wir sehen uns nicht völlig auf diese Ausgangsstellung zurückgeworfen. Bedeutungsvoll ist vor allem die Einsicht, daß die Erziehung des Richters, seine besondere Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft völlig legitim ein Teil des Bodens sein dürfen und müssen, auf dem die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit wie jede andere erwachsen muß [13].

---

10) Leibholz, Repräsentation S. 142.

11) Leibholz, Repräsentation S. 143. - Aufschlußreich sind die Ausführungen v. Savigny's, a.a.O., S. 12, wo einerseits die Verwissenschaftlichung (rationaler Zug) und andererseits das Vertrauen in den Juristenstand (charismatischer Zug) betont werden.

12) Wieweit in anderen Ländern das Schwergewicht auf anderen Faktoren ruht, kann hier nicht untersucht werden. Es soll aber darauf hingewiesen werden, daß z.B. in England schon äußerlich der traditionale Faktor stark betont wird und sich dort auch die alte Vorstellung der Gerusie (also des charismatischen Faktors) lebendiger erhalten hat als bei uns; vgl. dazu Radbruch, Geist des englischen Rechts, S. 15 f. zur Tradition und S. 14 - 29 zur Richterpersönlichkeit in England.

13) Eine Erkenntnis, die bei sofortiger Argumentation mit Gewohnheitsrecht nur schwer sichtbar geworden wäre, s.o. § 3 Text zu Anm. 142.

Das Vertrauen der Allgemeinheit gerade in diese Fähigkeiten [14] sind die Rechtfertigung für ihren Einsatz auch auf dem Gebiet der guten Sitten. Das ist nicht zu verwechseln mit der von der soziologischen Schule betonten Maßgeblichkeit der führenden Kulturschicht [15]. Sie spielt hier nur insofern eine Rolle, als der Richter meist zur tonangebenden Schicht gehört und in ihr erzogen ist [16], aber im übrigen zählt nicht diese Schicht, sondern das von der Allgemeinheit in den Richter (nicht in die ganze tonangebende Schicht), in seine Fähigkeiten gesetzte Vertrauen - also Repräsentation der Allgemeinheit auf charismatischer Grundlage.

Gerade diese Beziehung des Richters zum Volk ist fragwürdig geworden. Ein falsch verstandener Demokratismus gefährdet die Autorität der Gerichte von innen wie von außen[17], so daß Wengler [18] über eine "hemmungslose Respektlosigkeit gegenüber der richterlichen Unabhängigkeit" klagen kann. Auch darf man nicht vergessen, daß das gelehrte Richtertum sich als zweischneidiges Schwert erwiesen hat. Das Mißtrauen der Arbeiterklasse den Richtern gegenüber beruht auf eben dieser "Gelehrsamkeit", so daß diese nur mit Vorsicht als Stütze der Repräsentanteneigenschaft angesehen werden darf, ein im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der rationalen Begründung besonders schwerwiegender Umstand. Zum Glück hat diese Ablehnung heute mit der Milderung des Klassengegensatzes an Gewicht verloren. Die vielbeklagte Abneigung des Volkes gegen die Juristen hat ihre Hauptursache kaum noch in einem Klassengegensatz, kaum in einem mangelnden Vertrauen in Erfahrung und Wissen des Richters. Wengler sieht zwar auch in der Gegenwart noch den Gegensatz des laienhaften und des gelehrten Rechtsempfindens als einen Grund für die Unbeliebtheit der Juristen [19], sucht aber zugleich - m.E. zutreffend - den Ausgangspunkt für diese Abneigung nicht bei dem Richter Juristen, sondern beim Gesetzgeber-Juristen, der an der "Verzweiflung, die den Laien in dem Labyrinth rechtlicher Vorschriften heute beherrscht" [18], die Hauptschuld trägt. Bachof hat etwa zur selben Zeit diese bei Wengler nur angedeuteten Unterschiede zwischen Gesetzgeber- und Richter-Juristen aus der Wandlung des Parlaments erklärt [20] und ausgesprochen, daß "den Gerichten heute ein beträchtliches Maß an Vertrauen entgegengebracht wird" [21].

---

14) Stark betont von Esser, Einführung, S. 34.
15) Vgl. z.B. Jellinek, Gesetzesanwendung, S. 171 f. und oben S. 43 f.
16) s.o. § 1 Anm. 34. 17) Beispiele s.o. § 3 Anm. 70, 71, 75.
18) a.a.O., S. 1707. 19) a.a.O., S. 1706.
20) Richtermacht, S. 26 ff.
21) Richtermacht, S. 43; Bachof zieht a.a.O. daraus die Konsequenz, daß die Überhöhung der Justiz gegenüber der Legislative durch das GG zu begrüßen ist.

ls positives Ergebnis dieser Erörterung über die Repräsentation ist festzuhalten:

us der Notwendigkeit der Begründung und Erhaltung eines existenten Repräsentationsverhältnisses folgt

) die Repräsentanteneigenschaft der Richter beruht (auch) auf charismatischer Grundlage, d.h. auf dem Vertrauen in die Richtigkeit ihrer Urteile wegen der Erziehung, Ausbildung und Erfahrung der Urteiler. Daher sind diese Momente auch im Bereich der Anstandsformel von Bedeutung: sittenwidrig ist, was der Richter nach Erziehung, Ausbildung und Erfahrung für mit höherrangigen Werten im Widerspruch stehend, ungerecht bzw. gemeinschaftsschädlich hält.

) die Repräsentanteneigenschaft des Richters beruht auch auf Tradition. Daher übt die Berufung darauf, daß ein bestimmtes Verhalten in der Rspr. "schon immer" für unsittlich gegolten habe, einen legitimen Einfluß auf die Frage aus, ob dieses Verhalten heute unsittlich ist.

) die Repräsentanteneigenschaft der Richter beruht in erster Linie auf der Legalität ihrer Urteile, folglich ist für die guten Sitten eine nachprüfbare (rationale) Lösung anzustreben.

. Grundlagen der richterlichen Wertentscheidung

us diesem bei der Repräsentation erarbeiteten Ergebnis folgert neben den Vertretern der historischen Rechtsschule [22], eine starke Meinung in der Literatur die Befugnis des Richters zu eigener Wertentscheidung. Besonders offen haben Heck, Oertmann, Rosenthal und in jüngster Zeit Eb. Schmidt und Rotberg [23] diesen Standpunkt eingenommen. Weiter muß man gegen ihren Willen alle die Autoren hierherrechnen, die den Richter auf eine absolute Ordnung verweisen, denn wenn eine absolute Ordnung jedenfalls bis in die umstrittenen Einzelheiten hinein nicht erkennbar ist, bleibt letztlich die Wertung des Richters verbindlich.

Wichtig ist, daß man, ehe man diesen Schluß zieht, der am Ende des Abschnittes Repräsentation erneut herausgestellten Notwendigkeit einer rationalen Begründung der Entscheidung weiter nachgeht. Dabei bieten schon die Grundlagen des Urteils wichtige Ansätze für die Überprüfbarkeit des Ergebnisses.

---

2) vgl. v. Savigny, a.a.O., S. 12.

3) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 238 f.; Oertmann, a.a.O., S. 47. Eb. Schmidt, Schlägermensur, a.a.O., S. 273, beachte aber die in Gesetz und Richter, S. 19 ausgesprochene Bindung an die "traditionelle

a) Die Offenlegung des Wertkonflikts

An die erste Stelle muß für den Richter die Besinnung auf die in concreto miteinander kollidierenden Werte treten. Er darf nicht rein gefühlsmäßig einer Partei Recht geben, sondern hat zuvor die widerstreitenden Werte herauszuschälen. Damit ist schon ein wesentlicher Schritt auf die Nachprüfbarkeit der Entscheidung hin getan. Der Laie kann sehen, ob das Gericht erkannt hat, welche Werte hier im Spiele waren, ob es z.B. im Lüth-Urteil[24] überhaupt gemerkt hat, daß bei der Boykottaufforderung nicht der normale Fall des Wirtschaftskampfes gegeben war, sondern das Recht auf freie Meinungsäußerung mit dem Recht auf Schutz des Vermögens zusammenstieß, daß also eine geistige Auseinandersetzung zu wirtschaftlichen Nachteilen der einen Seite geführt hat.

So wie die beste materiell-rechtliche Vorschrift dem Bürger Gerechtigkeit erst dann garantiert, wenn er zugleich die Gewähr hat, daß der zugrundeliegende Sachverhalt ordnungsgemäß aufgeklärt wird, so bietet die Feststellung der Wertkonflikte bei den Generalklauseln dem Rechtssuchenden schon ein großes Maß an Schutz vor unrichtigen Entscheidungen, da so immerhin die Unterlage des Urteils einer Kontrolle zugänglich gemacht wird.

b) Die Natur der Sache

In manchen Fällen kann die Lösung des so herausgeschälten Konflikts aus der Natur der Sache abgeleitet werden[25]. Dabei ist aber zu beachten, daß wir zumeist die sachlogischen Strukturen nur gebrochen zu sehen vermögen, so daß wir auf diesem Wege nur in seltenen Fällen zu einem eindeutigen Resultat gelangen[26].

c) Die Durchführbarkeit der Entscheidung

Als weiterer objektiver Anhaltspunkt für den Richter kommt die Praktikabilität einer Entscheidung in Betracht. Sie steht in losem Zusammenhang mit der Natur der Sache, denn ein Urteil, das die natürliche Vorgeordnetheit der Lebensverhältnisse nicht berücksichtigt, wird die Auflehnung gegen diesen Eingriff in den Schwierigkeiten spüren, die seine Durchführung bereitet [27].

---

christliche Gesinnung". Rotberg, a.a.O., S. 13.

24) BVerfG 7, 198 (insbes. 215).

25) Dazu ausführlich oben S. 41ff. Die Bedeutung der Natur der Sache für unser Problem wird von Esser, Grundsatz und Norm, S. 61, 224 und Larenz, Wegweise, S. 281 ff. unterstrichen.

26) s.o. S. 43

27) Es sei hier an das bekannte Beispiel des § 54 BGB erinnert; dazu Larenz, Methodenlehre S. 310 f. mit weiteren Beispielen.

Weiter kommt hier der Gedanke der Durchschnittlichkeit der Anforderungen [28] zum Tragen. Der Richter muß sein Ergebnis auf seine "Gemeinverträglichkeit" hin überprüfen[29]. Seine Wertung kann also nicht richtig sein, wenn sie in der Praxis zu Verwirrungen, Unsicherheit und Unverständnis führen würde. So ist zwar die allgemein geübte Sorgfalt noch nicht mit der erforderlichen gleich zu setzen, der Richter also nicht an die Übung gebunden, doch darf andererseits das Gericht nicht z.B. zum Schutz der Gesundheit ein so hohes Maß an Vorsicht verlangen, daß durch die eintretende Unsicherheit das zu schützende Rechtsgut erst recht gefährdet wird[30].

Der damit gegebene Grad der Überprüfbarkeit der Wertentscheidung ist allerdings gering, weil der Spielraum innerhalb dessen die Anforderungen durchführbar, "gemeinverträglich" sind, sehr groß ist.

d) Vorentscheidungen vergleichbarer Fälle und die Selbstkontrolle innerhalb der Justiz

Als weiterer objektiver "Wegweiser" (Larenz), an dem sich der Richter orientieren kann, kommt die Behandlung ähnlich gelagerter Fälle durch andere Gerichte und in der Rechtswissenschaft in Frage, auch in unserer Rechtsordnung, der die Bindung an Präjudizien fremd ist. Der Richter muß sich mit der überlieferten Beurteilung durch andere Gerichte auseinandersetzen und diese Pflicht wird ihn vor eigensinnigen Wertungen bewahren oder ihn wenigstens durch die Aufdeckung seines Bruches mit einer kontinuierlichen Entwicklung zu einer eingehenden Begründung veranlassen.

Der innere Grund für die hier geforderte und allgemein anerkannte Beachtung der Rspr. liegt in dem Gebot der Rechtssicherheit und speziell im Bereich der Anstandsformel darin, bei der persönlichen Wertentscheidung nicht zu vergessen, daß die Ermächtigung hierzu auch auf einer traditionalen Grundlage ruht und daß deshalb auf die überkommene Auffassung Rücksicht zu nehmen ist [31].

Ist durch die Auseinandersetzung mit der Rspr. für den Außenstehenden eine neue nachprüfbare Grundlage der richterlichen Entscheidung gegeben, so kann von dieser Funktion der Rspr. eine andere geschieden werden. Durch die Möglichkeit der

---

28) s.o. S. 61 ff.
29) Stammler, Richtiges Recht, S. 65, fordert eine Prüfung, ob es "zur Sitte erhoben ... gut ist".
30) vgl. BGH (VGS) St 7, 118 (124) = oben § 3 Anm. 188.
31) vgl. oben 2.).

Anrufung einer höheren Instanz innerhalb des Rechtsganges tendiert die Wertent
scheidung nach Objektivierung. Weil durch Berufung oder Revision die Entschei
dung über die guten Sitten überprüfbar ist, muß der Richter versuchen, sie über
prüfbar zu machen, d.h. soweit als möglich auf objektive Maßstäbe Bezug z
nehmen, denn seine bloße Behauptung, die Entscheidung entspreche seinem Ge
rechtigkeitsgefühl, gäbe der nächsten Instanz nicht die nötigen Unterlagen. So
führt die Überprüfung innerhalb der Rspr. von sich aus zu dem Bestreben, der A
standsformel einen objektiven Gehalt zu geben und schützt so vor Rechtsunsiche
heit, die sich aus der Berufung auf subjektives Meinen ergeben könnte. Diese
Selbstkontrolle der Gerichte ist der Grund, der maßgebend für die weitgehende
Überlassung der Wertungsaufgabe an die Rspr. spricht und aus dem man das von
den Motiven[32] und großen Teilen der Literatur[33] ausgesprochene Vertrauen in
die Gerichte für gerechtfertigt halten darf.

Auf diese doppelte Absicherung der Wertungslücken des Gesetzes durch die
Rspr., nämlich durch Hinweis auf Präjudizien und durch Überprüfung inner
halb der Gerichtsinstanzen hat besonders Esser [34] aufmerksam gemacht,
der damit auch die unserem Rechtskreis sonst ungewohnte Stützung auf Prä
judizien erklärt [35] und zugleich deutlich macht, daß hier die "Preisgabe
axiomatischer Ableitungsmöglichkeiten" durch die Anknüpfung an "metho
sche Fixierungen" [35] ausgeglichen werden muß, wenn man die rationale
Nachprüfbarkeit als Wesensmerkmal des juristischen Verfahrens nicht aufge
ben will. - Ähnlich hat schon 1912 Carl Schmitt [36] Gewicht darauf ge
legt, daß die Entscheidung so ausfallen müsse, wie ein "anderer Richter"[37]
auch geurteilt hätte. Auf diese Weise hätten "die Wertanschauungen des V

---

32) Bd.1, 211 f.; Bd. 2, 727; vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten Le
mann bei der zweiten Beratung im Reichstagsplenum, bei Mugdan,
Bd. 1, 1017.

33) Aus neuester Zeit vgl. Nipperdey, a.a.O., S. 342; ältere Zitate vgl.
oben § 1 Anm. 42.

34) Grundsatz und Norm, durchgehend, insbes. S. 63, 65, 150 f., 156. - Wichti
dabei die aaO., S. 150 betonte Ausschließlichkeit der Kontrolle in
halb der Gerichte, vgl. aber noch Esser, Einführung, S. 36, wo die Bedeut
der Tatsache, daß die Forderungen des Richters "auf gleichgestimmten Reso
nanzboden... stoßen", unterstrichen wird.

35) Grundsatz und Norm, S. 85; ebenso Wieacker, Gesetz und Richter-
kunst, S. 14.

36) Schmitt, Gesetz und Urteil, a.a.O., durchgehend, zusammenfassend
S. 111 f.

37) Gesetz und Urteil, S. 82.

kes ... den mittelbaren Einfluß: insofern sie allgemein in der Praxis wirksam sind, sind sie ein Moment, das die Annahme begründet, die Entscheidung wäre allgemein so ausgefallen" [38], Gedanken, die Larenz unter Berufung auf Schmitt wieder aufgegriffen hat [39].

Nicht zu übersehen ist aber die Gefahr, daß diese Selbstkontrolle innerhalb der Rspr. für den Bürger dann zur Farce wird, wenn die Richter in ihrer Gesamtheit Anforderungen stellen, die im Volk keine Resonanz finden und durch Berufung auf Präjudizien "begründet" werden. Diese Sorge war zur Zeit des Inkrafttretens des BGB infolge des Klassenkampfdenkens besonders aktuell [40]. Sie ist dann ungerechtfertigt, wenn sich der Richter vor Augen hält, daß der Konsens innerhalb der Rspr. nur ein Indiz für die Richtigkeit der Entscheidung ist.

e) Die Wertungen in der Rechtsgemeinschaft

Neben die in Wissenschaft und Rspr. geäußerten Wertungen treten die verschiedenen von der Allgemeinheit und den beteiligten Kreisen vertretenen Anschauungen. Aus der Auseinandersetzung mit ihnen ergibt sich ein weiteres wichtiges Kriterium für die Richtigkeit der Entscheidung. Hier muß der Richter die Chance wahrnehmen, daß diese Anschauungen, insbesondere die überwiegend vertretene, das Richtige getroffen haben [41].

---

38) a.a.O., S. 81 f. - Die Überschätzung der Hilfe, die aus der Rechtspraxis gewonnen werden kann, kritisiert Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 254 f. an Carl Schmitt; Heck trifft aber mit der Bemerkung, die Hilfe versage in den dringendsten Fällen, "nämlich bei den 'streitigen' und bei den 'noch nicht erörterten' Problemen", nicht voll ins Schwarze. Er übersieht, daß auch aus Präjudizien Analogieschlüsse gezogen werden können und so ein noch nicht entschiedener Fall mit ihrer Hilfe gelöst werden kann. Auch ist es denkbar, daß durch eine st. Rspr. Grundlinien, Grundwertungen deutlich werden, mit denen man in einem konkreten, noch streitigen Fall zum Ziel kommt.

39) Wegweiser, S. 295 f. 40) s.o. S. 6 ff, 9.

41) Die Bedeutung der Verkehrsanschauung für "offene" Tatbestände wie die guten Sitten haben in letzter Zeit bes. Esser, Grundsatz und Norm, S. 96 f. und Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S. 12 f. hervorgehoben, wobei beide Autoren betonen, daß es sich nicht um einfache Übernahme empirischer Fakten handelt; dazu Wieacker, a.a.O., und Esser, a.a.O., S. 224.

An dieser Stelle ist das einzuordnen, was oben [42] als richtiger Kern der demokratischen bzw. soziologischen Begründung bezeichnet wurde. - Bei der Verwertung der einzelnen Meinungen und ihrer Hintergründe "als Material"(Heck) [43] kann das Gericht u.U. eine ausscheiden, weil sie erkennbar eine vorübergehende Erscheinung auf Grund besonderer äußerer Einflüsse darstellt, wie z.B. die laxen Ansichten in Nachkriegszeiten. So findet die Rspr. des RG zu den allgemeinen Anstandsbegriffen[44] ihre Rechtfertigung, und nicht auf dem Boden einer absoluten und darum durch die Verhältnisse nicht wandelbaren Wertordnu

Das objektive, durch die Betroffenen nachprüfbare Kriterium liegt hier in der Beurteilung der verschiedenen Wertrichtungen durch den Richter. Man kann aus der Verwerfung bestimmter Ansichten und der Begründung ihrer Ablehnung den Standort des Richters bestimmen, man kann auch ungefähr nachprüfen, ob das Festhalten an alten Grundsätzen auf der berechtigten Sorge vor einem Verfall d sittlichen Basis oder auf einem mangelnden Verständnis für soziologische Wand lungen beruht.

Auch dazu ein Beispiel: Unterstellt, die heute herrschende Meinung im Vo (oder bei den Arbeitnehmern etc.) verlange vollen Grundrechtsschutz auch im Verhältnis zu privaten Inhabern von Machtkonzentrationen. Nun kann d Richter dieser Tendenz die Gefolgschaft verweigern mit der Begründung, d aus der Menschenwürde auch die Freiheit zur Bindung im Privatrechtsverke folge, daß also letztlich durch die volle Drittwirkung die Menschenwürde gefährdet sei[45]. Eine so begründete Entscheidung wäre - in Grenzen - auf ihre Richtigkeit nachprüfbar. Sie erwiese sich z.B. als falsch, wenn nachgewiesen wäre, daß infolge soziologischer Umschichtungen heute ein Druck auf das Individuum in erster Linie durch private Machtgebilde und nicht mehr durch den Staat erfolgt, und daß durch das fehlende Gleichgewicht zwischen dieser privaten Macht und dem Einzelnen die Würde des Individuums viel mehr bedroht und verletzt wird, als sie es durch die volle Dritt wirkung würde. Ähnliche Erwägungen haben zu der heute allgemein vertretenen Ansicht geführt, daß der Grundrechtsschutz gegenüber dem Staat als Fiskus Platz greift, während die h.L. ihn in der Weimarer Zeit noch auf d Staat als Hoheitsträger beschränkt hatte.

---

42) s.o. S. 70 ff, 45 f.
43) Gesetzesauslegung S. 239. 44) s.o. S. 17 ff
45) Nachweise zu dieser Streitfrage bei Dürig, Grundgesetz Art. 1, Randnote 129, 130.

) Sittliche Überzeugung und Gerechtigkeitsgefühl des Richters

n den meisten Fällen reichen die genannten Kriterien aus, um das Urteil einsich-ig zu machen; es ruht auf einer objektiven und damit nachprüfbaren Grundlage. Ein Blick in die Kommentare zeigt, daß durch das Ineinandergreifen der oben a) bis e) genannten Momente die Typisierung zahlreicher Sittenverstöße gelun-gen ist, deren Lösung heute außer Zweifel steht.

Es wäre aber eine Illusion, wollte man annehmen, daß auf diese Weise die Wer-tung des Richters in allen Fällen objektiviert werden könnte. Immer wieder auchen Fragen auf, bei denen diese Kriterien dem Gericht keine oder wider-prüchliche Zeichen geben oder wo sie zwar in eine bestimmte Richtung deuten, die der Richter aber gleichwohl nicht einzuschlagen vermag. Dann bricht die Frage nach dem objektiven Maßstab für die Entscheidung von neuem auf und hier ist der Punkt erreicht, wo vielfach vor der Unzulänglichkeit der objektiven An-haltspunkte die Zuflucht zu dem Rechts- und Sittlichkeitsgefühl des Richters an-geraten wird[46]. Wo dieses Gefühl den Ausschlag gibt, wird die Ebene der Nach-prüfbarkeit jedoch verlassen, denn "über Wertschätzungen läßt sich bekanntlich nicht einmal streiten" (Fechner) [47]. Dabei darf man aber nicht außer Acht lassen, daß dieses Wertempfinden durch Erziehung und Erfahrung geformt ist, daß auch insoweit der Einfluß der Gesellschaft immer existent sein wird[48]. Aber dieser Hinweis auf "unzerstörbare Spuren" (Peretiatkowicz) [49], die die Anschau-ungen der Gesellschaft im Einzelnen hinterlassen, auf das "Hineinwachsen in den objektiven Geist seiner Zeit" (N. Hartmann) [50] kann nicht darüber hinweg-täuschen, daß beispielsweise ein sehr liberal erzogener Richter scheidungserleich-ternde Abkommen eher als mit den guten Sitten vereinbar ansehen dürfte als ein streng katholisch erzogener, ohne daß die Richtigkeit der einen oder anderen Ausgangsposition erweisbar wäre. Aus der Praktikabilität oder den unterschiedli-chen Auffassungen im Volke läßt sich nichts gewinnen und die Aufdeckung des Wertkonflikts hilft nur soviel weiter, als man erkennt, daß das Gesetz keinen der

---

46) Nachweise oben Anm. 23. - Freilich schätzt jeder Autor die Bedeutung des Sittlichkeitsgefühls des Richters anders ein und vielfach wird auf den hier vorgenommenen Versuch einer vorherigen, soweit als irgend möglich gehen-den Objektivierung des Spruches verzichtet.

47) Rechtsphilosophie, S. 15; ähnlich Radbruch, Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 100.

48) vgl. Esser, Einführung, S. 35: Volksangehörigkeit als Schutz "vor geistig verstiegenen Wertungen".

49) a.a.O., S. 571.

50) Problem, S. 226; vgl. auch a.a.O., S. 228 ff.

extremen Standpunkte - lösbarer Vertrag bzw. unlösbares Sakrament - eingenom men hat. Hier ist die Entscheidung im letzten nicht mehr rational nachvollziehbar, so daß ein unlösbarer Rest im Bereich der guten Sitten übrig bleibt.

III Rechtfertigung des Einflusses des subjektiven Wertgefühls des Richters

1) Umgehung der Notwendigkeit einer Rechtfertigung durch Fehl- und Scheinbegründungen

Aus der Erkenntnis, daß es einen ungelösten Rest im Bereich der guten Sitten gi folgt noch nicht zwingend die Befugnis des Richters, die Ungewissheit nach sei nem subjektiven Meinen zu klären. Insbesondere ergibt sich eine solche Befugn nicht aus seiner Repräsentantenrolle, da diese ihrerseits ständig durch rationale Begründung der Urteile legitimiert werden muß.

Der Schwierigkeit, die sich hier auftut, werden diejenigen Herr, die den Richt an empirische Maßstäbe binden[51]. Dieser Weg bietet eine echte Lösung, frei für den unerträglichen Preis eines Verzichts auf das Regiment der Norm; er ist deshalb oben als Fehlbegründung kritisiert worden.

Häufiger wird ein anderer Weg beschritten: die bewußte oder unbewußte Leugn des Problems. Die Skala solcher Methoden ist mannigfaltig. Sie reicht von der Selbsttäuschung, es sei gelungen, den Spruch aus einem evidenten absoluten Si tengesetz abzuleiten[52] bis zu der Illusion, man könne das Rechtsgefühl des Ri ters in ein Sozialrechtsgefühl und ein Individualrechtsgefühl spalten und damit subjektive Komponente eliminieren[53]. Und selbst wo nach dem sorgfältigen V such, objektive Maßstäbe zu finden, die Erkenntnis gewonnen wird, daß ein su jektiver Rest bleibt, wird darüber entweder mit einem Achselzucken[54] hinwe

---

51) s.o. § 3 D und E

52) BGHSt 6, 52; vgl. auch Wieacker, Gesetz und Richterkunst, der zwar e kennt, daß die Weisungen des Sittengesetzes allenfalls umrißhaft erkennba sind (a.a.O., S. 11 f.), der sich dann aber damit beruhigt, daß die daraus r tierende "Gefahr der Subjektivität ... durch den Konsens der Rechtsdenke gebannt sei (a.a.O., S. 13).

53) Peretiatkowicz, a.a.O., S. 572 f., Rosenthal, a.a.O., § 1, Note 15 (S. 105).

54) Wüstendörfer, S. 326 f.; selbst Esser behandelt in der ausführliche Monographie "Grundsatz und Norm" trotz der klaren Problemstellung (a.a nicht die richterliche Befugnis, "standards", die keine empirischen Größe

gegangen, oder man gibt sich damit zufrieden, daß die Entscheidung nicht "blo-
ße Gefühlssache"[55] sei, als wenn darin schon eine Rechtfertigung läge, daß sie
überhaupt subjektiv ist ! Auch die gängige Argumentation, der Richter dürfe
"nicht seine individuelle, subjektive Wertansicht entscheiden lassen ..., son-
dern .. (habe) sich daran zu orientieren, .. was im Hinblick auf die heutigen so-
zialen Verhältnisse als diesen wertmäßig entsprechend oder widersprechend anzu-
sehen ... sei" [56], verschleiert, daß ausschlaggebend das ist, was nach der subjek-
tiven Wertansicht des Richters den heutigen sozialen Verhältnissen
wertmäßig entspricht.

Das wird ganz deutlich, wenn das Echo des Volkes auf die richterliche Entschei-
dung überwiegend negativ ist. Gewiß hat der Richter den Widerhall seines Spru-
ches ernster zu nehmen als die vorausgegangenen Äußerungen. Einmal deswegen,
weil es dem Volk vielfach unmöglich ist, einen Konflikt richtig zu lösen, es aber
nach der Entscheidung deren Richtigkeit und Unrichtigkeit deutlicher fühlt, eine
Erscheinung, von der die Richter aus ihrer Erfahrung mit Schöffen in Fragen der
Strafzumessung immer wieder berichten, und auf die Fechner [57] besonders
hingewiesen hat. Auch muß der Richter auf dieses Echo deshalb achten, weil es
ihn und seine Befugnis, das Volk zu repräsentieren, trägt. Wenn sich ein tiefer
Gegensatz zwischen Richtertum und beträchtlichen Volksschichten einzufressen droht,
kann das bis zu einer Auflösung des Repräsentationsverhältnisses Richter-Volk füh-
ren, weil seine Grundlage die im Volksbewußtsein lebendige Vorstellung ist, daß
das Volk durch den Richter existentiell gemacht wird (Leibholz) [58]. Aus die-
sem Grunde war der Argwohn der Arbeiterklasse gegenüber den Richtern zu Beginn

---

sind (a.a.O., S. 224) von sich aus zu setzen, sondern gibt sich ähnlich wie Wie-
acker (oben Anm. 52) damit zufrieden, daß der "Normaltypus ... in der Richter-
rechtsbildung ein völlig ausreichender Maßstab (ist)". (a.a.O., S. 97) - vgl. noch
Esser, Einführung, S. 36-40.

55) Reichel, Gesetz und Richterspruch, S. 110.

56) Eb. Schmidt, Schlägermensur, S. 273; in die gleiche Richtung geht die Stel-
lungnahme von Larenz, Wegweiser, S. 295 f.

57) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 258 und für den Bereich der Ästhetik, Gutachten 1,
S. 18.

58) Repräsentation, S. 142. - Wer die Befugnis des Richters, das Recht fortzubilden,
wie Nipperdey, a.a.O., S. 342 auf Gewohnheitsrecht stützt - vgl. oben

dieses Jahrhunderts sehr gefährlich, und sobald die von Wengler [59] angesproch
ne Antipathie gegenüber den Juristen den Richter-Juristen voll erfaßt, muß sie
seine Unabhängigkeit erschüttern. Angesichts dieser Tendenzen sollten sich die
Gerichte speziell im Rahmen der Anstandsformel darüber im klaren sein, daß
ihre Befugnis zu eigener Entscheidung nicht auf der Fiktion beruht, daß sich
"die Gestaltungskräfte des gesellschaftlichen Bewußtseins .... im System einer
Rechtsdoktrin oder in der Methode präjudiziell gebundener und argumentierend
fortschreitender Entscheidungsreihen Ausdruck verschaffen " (Esser) [60], sonde
daß es sich dabei um eine Vermutung handelt, deren Wahrheitsgehalt der
Richter bei jeder einzelnen Wertung beweisen muß. Der Richter hat sich daher
mit diesem Echo auseinanderzusetzen und er verwertet es dabei ebenfalls wie so
stige Volksanschauungen als Material. Damit wird ein weiteres Stück seiner Ent
scheidung überprüfbar. Aber man darf nicht soweit gehen, zu fordern, daß der
Richter seinen Standpunkt infolge dieses negativen Echos revidieren muß, den
ein solcher Zwang liefe letztlich wieder darauf hinaus, empirischen Fakten Nor
charakter zuzuerkennen.

Es ist nicht verwunderlich, wenn gegen diese Verschleierungen der Vorwurf der
Scheinbegründung erhoben wird. So hat schon Joerges [61] die bloße Bezugna
me auf die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden ohne weitere Klärung als
"eine leere Phrase"[61] angegriffen und gemeint, das RG gebe "Steine statt
Brot"[61]. Aber Joerges selbst verdeckt mit seiner Lösung über den Gemein-
schaftsgedanken [62], daß auch damit nicht stets zum Ziele zu kommen ist und
bei dem Versuch, es trotzdem zu erzwingen, auch nur "der Anschein der Objek
vität" [63] erweckt wird. Ähnlich geht es Larenz, der eingangs zwar betont,
daß "Scheinbegründungen ... nicht selten in der Rspr. zu finden sind" und rich
tig als Beispiele "logisch einwandfreie Schlüsse aus sachlich offenbar unzureiche
den Prämissen oder die einfache Berufung auf das nicht weiter erläuterte 'Recht
empfinden aller billig und gerecht Denkenden' nennt[64]. Aber wie schon Joer

---

§ 3 Anm. 142, - müßte die Überzeugung von dem Rechtscharakter dieser Übung als gefährdet ansehen.

59) a.a.O., insbes. S. 1707. 60) Grundsatz und Norm, S. 85.

61) a.a.O., S. 223. 62) a.a.O., S. 216 ff.

63) Joerges, a.a.O., S. 217. - Zur weiteren Kritik der Lösung von Joerg
s.o. S. 37 ff

64) Larenz, Wegweiser, S. 280. Das erste Beispiel trifft auf BGHSt 6, 47 ff.
zu; s.o.S. 32 ff. - Die Kritik der Begründung über die Anstandsformel dec
sich mit der von Joerges. Zur Scheinbegründung vgl. noch Heck, Ge
setzesauslegung S. 234 und Esser, Grundsatz und Norm, S. 61.

weicht auch Larenz durch verschwommene Formulierungen wie "Übereinstimmung mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein" der Frage aus, wie die Befugnis des Richters zum Urteil auch bei Fehlen eines solchen Bewußtseins zu erklären ist.

2. Der Richter als Gesetzgeber

Mitunter [65] wird der Versuch gemacht, die richterliche Entscheidungsfreiheit bei Gesetzeslücken mit der Formel vom Richter als Gesetzgeber zu rechtfertigen. Man erspart sich die ganze Mühe, Schritt für Schritt die einzelnen objektiven Anhaltspunkte zu untersuchen und verweist auf das so viel einfachere Rezept des Art. 1 Schweizer ZGB, wonach der Richter nach der Regel zu urteilen habe, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Der Gesetzgeber hat beim Erlaß eines Gesetzes an alles Mögliche zu denken, ohne daß man das im einzelnen aufzuzählen oder zu typisieren pflegt; liegt nicht die Sache beim Richter genau so, wenn das Gesetz Lücken enthält ?

Eine solche Argumentation vereinfacht die Situation zu sehr. Zunächst ist klarzustellen, daß hier nur an einen idealen Gesetzgeber gedacht sein kann. Beim wirklichen Zustandekommen der Gesetze spielen z.B. Parteiinteressen eine gewichtige Rolle, ohne daß jemand bereit sein wird, das auch für die Urteile hinzunehmen. Ohne auf weitere Verschiedenheiten einzugehen, kann die Ungenauigkeit der Gleichsetzung des Richters und des Gesetzgebers auf einen Wesensunterschied in der Verantwortung zurückgeführt werden. Der Richter hat jede einzelne Entscheidung sofort zu rechtfertigen und zu begründen, während beispielsweise ein Parlament die Arbeit oft mehrerer Jahre einmal pauschal zu verantworten hat. Das ist erklärlich, wenn man bedenkt, daß der Richter am entschiedenen Fall nichts mehr ändern kann, während der Gesetzgeber ein einmal erlassenes Gesetz abändern und - sogar mit rückwirkender Kraft - wieder aufheben kann. Die Grundlagen einer Entscheidung bei Lücken im Gesetz können daher nur aus der Stellung und Funktion des Richters hergeleitet werden. Es geht also nicht an, aus der Erkenntnis, daß in diesen Fällen der Richter materiell gesehen für den Gesetzgeber einspringt, die Gleichung Richter = Gesetzgeber aufzumachen und den Richter auf diese Weise in die anders geartete Verantwortungslage des Gesetzgebers zu schieben. Der Hinweis auf den Gesetzgeber, mit dem man die Vielzahl der Punkte, die bei einer solchen Entscheidung von Bedeutung werden können, auf einen Nenner zu bringen hofft, ist irreführend, weil er das Gefühl erweckt, daß der Richter mit den Unterlagen seiner Entscheidung so frei umspringen könnte, wie es der Gesetzgeber legitimerweise tut[66], und er ist zudem unfruchtbar, weil er

---

65) vgl. Burckhardt, a.a.O., S. 112 ff. und S. 237 ff. und Nipperdey, a.a.O., S. 344.

66) Sehr bezeichnend ist der einschränkende Hinweis auf Lehre und Überlieferung

keinen Gesichtspunkt beizusteuern vermag, der sich nicht schon aus der Stellung des Richters ergäbe, vor allem aber gefährlich, weil der Gesetzgeber durch Mehrheitsvoten legitimiert ist und es nahe liegt, den Richter in dieselbe Abhängigkeit zu versetzen[67].

3) Existentielle Entscheidung in einer Grenzsituation

Noch immer ist die Frage nach der Rechtfertigung der Rolle der persönlichen Wertung des Richters nicht beantwortet. Angesichts der sich türmenden Schwierigkeiten gibt es Stimmen, die anraten, es "oft" bei der "wohltätigen ... Scheinbegründung" zu belassen, "wenn neue Ideen, Wandlungen der Wertvorstellungen, philosophische Einsichten, soziologische oder wirtschaftliche Erkenntnisse .. rechtsförmig gemacht und bewältigt werden müssen" (Brecher) [68].

Diese resignierende Haltung nimmt "um der Freiheit im Rechte willen" [69] die Gefahr in Kauf, daß die "ganze Struktur des Rechtslebens .. verzerrt" [70] wird. Vor allem aber übersieht sie, daß man über die Heilsamkeit einer Scheinbegründung erst dann befinden kann, wenn zuvor geklärt ist, was durch den Schein überdeckt wird. Solange die Begründungen gegeben werden, um den "richterlichen Entscheidungsspielraum (zu) verhüllen"[71], liegt der Vorwurf auf der Hand, mit all den schönen Worten werde nicht so sehr ein mystischer "unergründliche(r) Brunnenschacht, in dessen Tiefe Quellen des Rechts fließen" [71] verborgen, als vielmehr ein nackter Dezisionismus [72] bemäntelt.

Werden sich die Getäuschten erst einmal der Täuschung bewußt, durchschauen sie die Scheinbegründung, dann ist der Argwohn nicht mehr fern, es habe der Richter "als Machthaber"[73] die Ungewißheit mit einem Machtwort gelöst. Dieses Miß-

---

in Art. 1 Schweizer ZGB.

67) so § 3 Anm. 151, 152.

68) Brecher, a.a.O., S. 247. In dieselbe Richtung geht die Bemerkung von Larenz, Wegweiser, S. 280; "daß Scheinbegründungen ... häufig auch ihr Gutes haben".

69) Brecher, a.a.O., S. 246. 70) Brecher, a.a.O., S. 233.

71) Brecher, a.a.O., S. 244.

72) Grundlegend Carl Schmitt, Politische Theologie, S. 30. - vgl. daselbst S. 31: "Daß es die zuständige Stelle war, die eine Entscheidung fällt, macht die Entscheidung relativ, u. U. auch absolut, unabhängig von der Richtigkeit ihres Inhalts."

73) Daß bei unbestimmter Norm der Richter "als Machthaber" eine solche politische Entscheidung fällt, wird von Schmitt in Verfassungslehre S. 133 an

trauen wiederum stellt die Basis des Verhältnisses Richter-Volk in Frage [74].

Ehe wir uns in dieser resignierenden Haltung beruhigen, sei ein letzter Versuch gemacht, den ungelösten Rest in der Anstandsformel aufzuhellen, über die Grenze, die wir erreicht haben, hinaus zu gelangen. Die Existenzphilosophie hat gerade die "Grenzsituation" in den Mittelpunkt ihrer Untersuchungen gerückt, so daß es sein könnte, daß sich von ihr aus auch auf die Grenze der hier vorgenommenen Untersuchung ein Licht werfen läßt.

Angesichts der wenigen Versuche, die Beziehungen der Existenzphilosophie zum Recht aufzuzeigen[75], wird die Verbindung zum konkreten Problem von der Philosophie Karl Jaspers' aus gesucht, da eine Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Strömungen innerhalb der Existenzphilosophie eine zusätzliche Belastung bedeuten würde. Die Beschränkung gerade auf Jaspers geschieht nicht zufällig, sondern erklärt sich daraus, daß er zu den Institutionen unserer Gesellschaft sehr konkret Stellung nimmt, vor allem im Vergleich zu Heidegger [76].

Wir haben gesehen, daß der Begriff der guten Sitten das Problem der "Maßstäblichkeit des Maßstabs" [77] aufwirft, daß er nicht immer einen verläßlichen Halt bietet. Wir haben hier einen der Punkte erreicht, wo unser Versuch "der richtigen, gerechten, endgültigen Welteinrichtung" [78] scheitert. Obwohl "wir alles tun, um zu meiden und zu bessern" [78], erfährt der Richter hier die Ungewißheit seines Urteils, er wird "von Grenzen (nämlich des menschlichen Rechtsetzungs- und Rechtserkenntnisvermögens) betroffen" [79].

An dieser Stelle brauchen wir nun die vorausgegangene, lange Grundlagenuntersuchung, um den nächsten Schritt tun zu können: die Grenze, von der der Richter betroffen wird, ist eine "prinzipielle" [79], sie ist - das hat das vorausgegangene

---

gedeutet; siehe dazu auch die vorherige Anm. und oben § 3 Anm. 150.

74) s.o. Text zu Anm. 12 bis 21.

75) Grundlegend Fechner, schon in "Recht und Existenz", a.a.O., durchgehend, und dann in "Rechtsphilosophie", S. 223 ff., dort in Anm. 4 auf S. 224 weitere Nachweise, zu denen vor allem End, Existentielle Handlungen im Strafrecht (1959), nachzutragen ist.

76) Das heben auch Fechner, Rechtsphilosophie S. 242 und S. 245 mit Anm. 91, sowie Thyssen, a.a.O. S. 2 hervor.

77) Fechner, Gutachten 1, S. 10

78) Jaspers, a.a.O., S. 511.

79) Jaspers, a.a.O., S. 40.

Kapitel geklärt - nicht "überschreitbar", keine "jeweilige" [79]. Der Richter steht vor einer "Wand" [80], die "nicht überschaubar" [80], "jede Ganzheit zerschlagend" [81] und "nicht zu verändern..., sondern nur zur Klarheit zu bringen (ist)" [80]. Diese so ausgezeichneten Situationen nennt Jaspers "Grenzsituatio "Die Fragwürdigkeit allen Daseins" [82] als "die Unmöglichkeit, in ihm als solchem Ruhe zu finden" [82], wird hier an der Fragwürdigkeit des Rechtes exempli fiziert, die es nicht zuläßt, daß wir uns in der Sicherheit einer objektiven, geschlossenen Ordnung wiegen. Am Beispiel der guten Sitten werden wir an ein "unaufhebbare(s) Nichtwissen" [83] geführt.

Es beruht auf einem groben Mißverständnis der Existenzphilosophie, wollte man ihre Wertung der Rechtssätze als "gleichsam mechanisch und tot" [84], ihre Einschätzung der "endliche(n) Ordnung des Daseins" [85] als einer "grundlosen und darum oberflächlichen Lebensregulierung" [85], ihre Warnung davor, "eine einfache Lösung darin zu finden, jedem sein Recht zu geben" [86], weil der Glaube "das Sein in dieser Verteilung abstrakter Rechte zu finden, ... die Aufhebung jeder existentiellen Wirklichkeit (bedeutet)" [86/87], dazu benutzen, jeden Bezug von Recht und Existenz zu leugnen, wie das Coing [88] und Welzel [89] versuchen. Wie unrichtig ein solcher Schluß ist, läßt sich an der (in sich durchaus konsequenten) weiteren Folgerung Welzels aufweisen, daß "die Existenzphilosophie zu dem paradoxen Ergebnis kommen (muß): je unvollkommener das Recht als allgemeine Regel funktioniert, je stärker es vom Ausnahmezustand her bestimmt wird, desto vollkommener ist es "existentiell", desto mehr gibt es Anlaß zu existentiellem Einsatz !"

Es ist klar, daß bei dieser Sicht die Unvollkommenheit der Rechtsordnung nicht - wie es hier geschehen ist - als mögliche Grenzsituation gewertet werden kann. Bei dieser Betrachtungsweise wird der Begriff der Grenzsituation i. S. einer prinzipiellen Grenze [79] völlig außer Acht gelassen. Es ist keineswegs so,

---

80) Jaspers, a.a.O.,S.469, vgl. auch S. 47.
81) Jaspers, a.a.O., S.300. 82) Jaspers, a.a.O., S.508.
83) Jaspers, a.a.O., S.519 84) Jaspers, a.a.O., S. 603.
85) Jaspers, a.a.O., S.521. 86) Jaspers, a.a.O., S.506.
87) in ähnlichem Sinne Jaspers, a.a.O., S.521; weitere Nachweise, auch zu Heidegger, bei Fechner, Rechtsphilosophie, S. 228 Anm. 15.
88) Rechtsphilosophie, S. 53 Anm. 2.
89) a.a.O., S. 189.

daß beispielsweise die Chance, die Grenzsituationen "Leiden" und "Kampf" zu erfahren, mit der Häufigkeit der Schmerzempfindungen und Kampfszenen steigt. Dann allerdings wäre es wünschenswert, die Vorkehrungen gegen Kampf und Leiden abzubauen. Aber Leiden und Kampf erfahre ich als Grenzsituation nur, wenn ich mich von der Vorstellung freimache, "als ob Leiden nichts Endgültiges, sondern vermeidbar wäre" [90]. Dazu ist aber der Versuch unerläßlich, Kampf und Leiden zu eliminieren, denn erst sein Scheitern läßt mich den endgültigen Charakter der Grenze ahnen. Jaspers nennt dementsprechend die Idee, "das Leid, die Schuld und alle Antinomik zu wünschen und zu fördern, um darin zu existieren" [91], eine "Absurdität" [91], eine "Umkehrung" [91] seines Philosophierens und meint, "es ist vielmehr so, daß wir alles tun, um zu meiden und zu bessern" [91]. Um zu erfahren, daß zwar "menschliches Zusammenleben ... eine Ordnung zeigt und in dieser auch Gerechtigkeit und Freiheit, ... doch dies alles begrenzt (ist)" [92] und daß ich "durch Recht ... nicht das Dasein überhaupt einrenken wollen (kann)" [93], muß ich das Experiment gemacht haben, eine solche lückenlose Lösung zu finden [94]. Selbst die Meinung Thyssens, Jaspers halte "ein vollendetes Gelingen ... in Wahrheit (nicht für) wünschenswert" [95], geht noch zu weit. Diese Vollendung muß vielmehr ernsthaft angestrebt werden, wenn der Fehlschlag Gewicht erhalten soll [94]. Der negative Akzent des nicht Wünschenswerten liegt erst auf dem - immer irrigen - Glauben, die "endgültige Welteinrichtung" [96] sei geglückt [97].

---

90) Jaspers, a.a.O., S.492; zur entsprechenden Aussage über den Kampf, vgl. a.a.O., S.494.

91) a.a.O, S. 511.

92) Jaspers, a.a.O., S. 500.

93) Jaspers, a.a.O., S. 502, vgl. noch Jaspers, a.a.O., S.521, 600, 608.

94) Vgl. Jaspers, S.24 und S.39: "in der faktischen Weltorientierung (sind wir) .. auch aus philosophischem Grunde unermüdlich ... wir suchen an die Grenzen zu stoßen", sowie Jaspers S.313 und S.611 "Abenteuer der Menschheit ..., das aber gerade dadurch begangen wird, daß der Weg in die Objektivität und Ordnung bis an die mögliche Grenze tatsächlich versucht wird."

95) Thyssen, a.a.O., S. 15.

96) Jaspers, a.a.O., S. 511.

97) Zu diesem negativen Akzent vgl. unter vielen Stellen bei Jaspers S.469 "wir (können) den Grenzsituationen nur ausweichen, indem wir vor ihnen die Augen schließen", S. 483, 492, 498 "Scheinlösungen", 509, 511 usw. - Gleiches meint Heidegger mit der "Verlorenheit in das Man" (Sein und Zeit, S. 274); vgl. dazu Fechner, Rechtsphilosophie, S. 228.

Der unauflösbare Rest im Bereich der guten Sitten stellt demnach für den Richte
eine Grenzsituation dar. Diese Sicht deckt sich mit der bei Fechner, nach
"sich immer wieder als unzulänglich zu erweisen ... zum Wesen des Rechts
(gehört) "[98] und der Zwang, hier trotzdem entscheiden zu müssen, "die Merk
le existentieller Grenzsituation (erfüllt)" [98]. Bei Jaspers wird dieser Fall
nicht unmittelbar erörtert; sehr nahe kommt ihm aber die Situation, in der das
Recht nicht in sich selbst zerbricht, sondern in den ebenfalls unlösbaren Konflik
mit der Gewalt gerät [99]. Auch hier offenbaren sich "Rechtlosigkeit, Unfrieden
... als mögliche Unlösbarkeit" [100]. Als nächstes stellt sich die Frage, welche
Ausweg die Existenzphilosophie aus einer Grenzsituation weist, mit dem dahin-
ter liegenden Gedanken, ihn möglicherweise für den "Rest" im Bereich der gut
Sitten nutzbar zu machen. Hier ist zunächst der oben Anm. 97 ausgesprochene
danke aufzugreifen, daß die Existenzphilosophie die Flucht aus der Grenzsituat
mit einem negativen Akzent versieht. Zwar ist Zurückweichen möglich und di
oben [101] dargestellten Auswege aus dem Problem der guten Sitten sind als sol
che Ausflüchte zu werten.

> Auch hierfür ein ausführlicher Beleg. Zu dem Rekurs auf h.M., Durchschn
> u.a. sagt Jaspers, es werde "appelliert an das, was man allgemein für
> gültig hält, an das Selbstverständliche, Gehörige, Anständige, Moralische
> wie es jedermann eingänglich ist. Eine Pathetik des Menschlichen als des
> Durchschnittlichen enthebt weiterer Begründung"[102]. Zugrunde liegt "die
> Verführung, ein Zusammenleben in relativer Ruhe zu ermöglichen, in der
> nichts offen zu wirklicher Entscheidung gebracht wird" [103]. "Wo ... die
> psychologische oder soziologische Beobachtung matt gewordene Ideale zer
> stört, da möchte sie wohl als das normalerweise Rechte das Empirische und
> Durchschnittliche unterschieben; was der Mensch "wirklich" sei, das auch
> sein zu wollen, sei die eigentliche Menschlichkeit"[104].

Es ist nicht so, daß wir entscheiden müssen, weil "an der Grenze der Erken
nis ein unaufgelöster Rest auftaucht, in dem eine Grenze der Ordnung unter Ge
zen erfahren wird" [105/106]. In dieser Situation kann ich vielmehr auch "den
---

98) Rechtsphilosophie, S. 245.

99) vgl. dazu Jaspers, a.a.O., insbes. S. 500-502.

100) Jaspers, a.a.O., S. 498. 101) s.o.S. 83 ff

102) Jaspers, a.a.O., S. 384 103) Jaspers, a.a.O., S. 385.

104) Jaspers, a.a.O., S. 642. 105) Jaspers, a.a.O., S. 457.

106) Übereinstimmend zunächst Fechner, Rechtsphilosophie, S. 251, der v
der Gefahr warnt, daß wir uns "ohne Not den Zwangsläufigkeiten der Sach
aus(...) liefern, die eine legitime Herrschaft über uns antreten, wenn wir

auf der Dinge über mich entscheiden (lassen)"[107]. Statt "das Sein aus selbst-eiendem Ursprung mit dem Bewußtsein: es muß entschieden werden"[107] zu er-reifen, "verschwinde (ich) als ich selbst, weil gar nichts eigentlich entschie-en wird, sondern alles nur geschieht"[107]. Deshalb ruft die Existenzphilosophie ur Entscheidung auf, denn "wir werden wir selbst, indem wir in die Grenzsitua-ionen offenen Auges eintreten. ... Grenzsituationen erfahren und existieren ist asselbe" [108]. Existenz "bin ich, sofern ich mir nicht selbst Objekt werde"[109], ie ist "auf das Eigentliche und Letzte des Menschseins gerichtet" [110], ohne aß sie einer klaren Definition zugänglich wäre, denn "Existenz ist das, was ch nur sein, nicht sehen oder wissen kann" [111].

etzt kommen wir zu dem Punkt, der im Hinblick auf das Thema unser höchstes nteresse beansprucht. Wenn wir in den Grenzsituationen zur Entscheidung aufge-ufen sind und die Flucht vor dieser Entscheidung verworfen wird, muß die nächste rage die nach dem "Wie" dieser Entscheidung sein. Damit sind wir wieder am usgangspunkt unseres Problems: der Frage nach dem Maßstab. Dabei ist nach em Vorausgegangenen kein einfacher Verweis auf überpositive absolute Normen u erwarten. Nahe liegt jedoch der umgekehrte Schluß, das "Wie" der Entschei-ung sei gleichgültig, weil die Grenze des objektiven Wissenkönnens erreicht sei. n Wirklichkeit geschieht etwas anderes: Der in die Grenzsituation gestellte Mensch löst sie durch "unbedingtes Handeln" [112]. In ihm greift er über das Da-ein hinaus, es ist "nur möglich, wenn ich die Welt gleichsam verlassen habe und un erst in sie zurücktrete" [112]. Ich muß wagen, "selbst zu sein ... dadurch,

---

liche Freiheit nicht realisieren." Diese Stellungnahme deckt sich mit der bei Jaspers S.301 (vgl. die vorhergehende Anm.). - Dann meint Fechner, a.a.O., unter Hervorhebung eines Gegensatzes zu Jaspers, S.457, die Entscheidung sei "unausweichlich".

Vgl. dazu weiter Jaspers, a.a.O., S.2, der meint, "die Selbstvergessenheit in dieser täuschenden Flucht aus der Situation ist nicht vollendbar" und S.458: "entweder entscheide ich (existierend) oder es wird über mich entschieden (wobei ich, in Material eines Anderen verwandelt, existenzlos bin). Nichts kann unentschieden bleiben" sowie S.446 "Freiheit nicht als ein Dasein beweisen zu wollen".

107) Jaspers, a.a.O., S.301. 108) Dergl., S.469.
109) Jaspers, a.a.O., S.296. 110) Fechner, Rechtsphilosophie, S.227.
111) Jaspers, a.a.O., S.308; vgl. weiter Jaspers, a.a.O., S.24; zum Verständnis unentbehrlich die Seinsbegriffe (a.a.O., S.4 ff.).
112) Jaspers, a.a.O., S.547; vgl. dazu Fechner, Rechtsphilosophie, S.243.

daß ich ergreife und entscheide" [113/114]. Aber wann ist die unbedingte Handlung "richtig" ? Ex ante läßt sich das nicht angeben, denn der Mensch ist "in der Wahl frei" [115]. Ex post aber ist die Frage gegenstandslos, denn die unbedingte Handlung ist richtig, weil sie Existenz verwirklicht, selbst das Scheitern ist kein Beweis für ihre Unrichtigkeit [116].

Aber damit ist der Inhalt noch nicht gleichgültig. Die existentielle Entscheidung unterschiedet sich von "der Willkür des 'ich will nun einmal so'", denn Willkür ist, "ohne Treue und Formung und ohne gestaltende Wirkung für die Folge des Daseins" [117]. Am klarsten hat Jaspers die Bedeutung des Gehaltes am Beispiel der Grenzsituation "Kampf" ausgeführt. Die Bejahung des Kampfes "um des Kampfes willen; nur kämpfend, gleichgültig wofür und mit welchem Gehalt" [118] bezeichnet er als "Scheinlösung", da sie auf der "Täuschung" [118] beruht, "daß im Kämpfen als solchem schon Gehalt sei" [118]. - Mit dieser Auffassung, daß insoweit dem Inhalt der Entscheidung Bedeutung zukommt, stimmen Fechner [119] und Thyssen [120] überein.

Aber wie kann der Urteiler bei der existentiellen Entscheidung, die "objektiv Willkür" [177] scheint, den Willen, das Dasein zu formen [121], aufbringen, wenn er weiß, daß jede Formung gleich richtig sein wird ? - Die Auseinandersetzung mit dieser Frage führt zu einer wichtigen Vertiefung der Rolle des Gehalts. Die Freiheit der Wahl könnte von Willkür nicht geschieden werden, wenn Existenz nicht "ihre Orientierung in den Chiffren der Transzendenz" [122] erführe, wenn dabei nicht eine "Berührung" [122] mit der "Chiffre der Transzendenz" [122] erfolgte, bei der "ihr Gehalt fühlbar wurde" [122]. Der mit der existentiellen Entscheidung vollzogene "Sprung" [123], der "Durchbruch" [124] ist kein Griff ins Leere, sondern vollzieht sich aus der Spannung "zwischen den beiden Abgründen des vermeintlich sicher und objektiv Wißbaren und des versucherisch subjektiven Ichseins" [125]. "Wenn keine Transzendenz wäre, so wäre die Frage, warum ich dann wollen soll

---

113) Jaspers, a.a.O., S. 2.

114) Vgl. noch Jaspers, S. 464: "ich muß wollen; denn wollen muß mein Letztes sein, wenn ich am Ende sein will."

115) Jaspers, a.a.O., S. 463.

116) vgl. Jaspers, S. 450: "Nicht mehr Erfolg (ist) das letzte Kriterium der Wahrheit, sondern wird ergriffen, was auch im Scheitern wahr bleibt" und a.a.O. S. 526.

117) Jaspers, a.a.O., S. 311. 118) Jaspers, a.a.O., S. 498.

119) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 244; daselbst in Anm. 84 weitere Nachweise

120) Thyssen, a.a.O., S. 15. 121) vgl. Jaspers, a.a.O., S. 311.

122) Jaspers, a.a.O., S. 28; vgl. auch S. 224 und S. 450 f.

123) Jaspers, a.a.O., S. 47; 469. 124) Jaspers, a.a.O., S. 301.

125) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 243.

e; es wäre nur noch Willkür ohne Schuld ... Wäre aber Transzendenz schlechtin, so würde mein Willen verschwinden im automatischen Gehorsam" [126].
inerseits "gibt es für Existenz keine objektive Festigkeit" [127] und "das Ergreien der Chiffre ist als Wahl aus der Freiheit des sie Lesenden"[128], andererseits (erzeuge) ich .. schlechthin nichts,..., sondern empfange, was ich wähle"[128].

Das darf aber nicht zu der Annahme verleiten, es werde bei der existentiellen Wahl ein allgemein-gültiger, objektiver Normenbereich erkannt. Vielmehr werden "die Normen nur dadurch zu unbedingt gültigen..., daß die Persönlichkeit in ihrer letzten Entscheidung sie anerkennt"[129]. "Die existentielle Wahl ist .. nicht Gehorsam gegen einen objektiv formulierten Imperativ ... Vielmehr ist das Entscheidende der Wahl, daß ich wähle" [130]. Sichtbar wird das an der Wirkung der existentiellen Entscheidung. "Existenz beansprucht keine Allgemeingültigkeit" [131].

Hier scheint wieder ein Moment gekommen zu sein, wo jede Verbindung von Recht und Existenz undenkbar wird [132]. Allgemeingültigkeit, Objektivierung gehören zum Wesen des Rechts. Für die Existenz aber bedeutet Objektivierung "Verrat" [133]. Der Spruch des Richters findet seine Rechtfertigung in der Rechtsordnung, aber eine der möglichen "Abgleitungen" [134] tritt ein, "wenn ich etwa mit Gedanken der Existenzphilosophie irgend etwas in meinem Dasein rechtfertigen wollte" [134]. Das Recht wendet sich an alle, während Existenz der "Kommunikation" bedarf, und "ich zerstöre schon Kommunikation, wenn ich sie mit möglichst Vielen suche"[135].

Trotzdem wäre es vorschnell, daraus den Schluß zu ziehen, daß der Restbereich der guten Sitten mit einer existentiellen Entscheidung rechtlich nicht bewältigt werden könne. Die Existenzphilosophie hat uns an die unlösbare Grenze des Maßstabs bei den guten Sitten geführt, dieselbe Grenze, auf die wir zuvor bei der Prüfung der einzelnen möglichen Maßstäbe gestoßen waren. Ihr Lösungsvorschlag

---

126) Jaspers, a.a.O., S. 465. 127) Jaspers, a.a.O., S. 361.
128) Jaspers, a.a.O., S. 808; dazu Fechner, Rechtsphilosophie S. 254.
129) Thyssen, a.a.O., S. 10. 130) Jaspers, a.a.O., S. 449 f. und S. 451.
131) Jaspers, a.a.O., S. 310.
132) Darauf hebt sehr stark Welzel, a.a.O., S. 189 ab.
133) Jaspers, a.a.O., S. 780; weitere Nachweise bei Fechner, Rechtsphilosophie, S. 246, Anm. 96-98.
134) Jaspers, a.a.O., S. 388.
135) Jaspers, a.a.O., S. 347.

durch "Selbstschöpfung" [136] bedeutet einerseits keine Willkür, andererseits Pre gabe der Objektivität. Die im Hinblick auf das Recht in dieser Feststellung lie- gende Härte wird gemildert durch den Begriff der "Treue" [137]: "in der Wahl fr binde ich mich durch sie ... Damit wird jede Entscheidung ein neuer Grund in der Gestaltung meiner geschichtlichen Wirklichkeit"[138]. Die Mitteilung der nicht allgemeingültigen Wahrheit und die Überzeugung der Anderen ist nur denk bar als "Appell an andere mögliche Existenz" [139], nicht als "begründbares Wiss für jeden, der da ist" [139].

Damit wird aufgedeckt, daß das Recht nur bis zu einer bestimmten Grenze dete miniert ist und es dahinter geschaffen wird aus der Freiheit des Einzelnen [140]. Mit diesem Standpunkt stimmt grundsätzlich Fechner [141] überein. Mit sein Stellungnahme steht die hier vertretene Ansicht auch insoweit im Einklang, als oben [142] eine Einengung der Freiheit auf einen ungelösten Rest gefordert wurde Doch scheint mir die Beschränkung auf "Sternstunden des Rechtslebens" [143] zu weit zu gehen. Zwar gibt es auch dann noch Beispiele im Bereich der guten Si wie etwa die erstmalige Einsicht, daß der Gebrauch einer Monopolstellung nic stets mit der freiheitlichen Wirtschaftsordnung gerechtfertigt werden kann [144]

---

136) Jaspers, a.a.O., S. 462; Fechner, Rechtsphilosophie, S. 259.

137) Vgl. Jaspers, S. 412 ff.

138) Jaspers, a.a.O., S. 462; vgl. auch S 451: "ich kann (das Ergriffene)... nicht wieder aufgeben", sowie S. 405 f.

139) Jaspers, a.a.O., S. 310; vgl. auch S. 304 f., S. 388 und S. 621: "Ideen sin ... objektiv werdend in Erhellungen durch Entwürfe des Tuns und im Appe durch indirekte Mitteilung" und S. 622 zum Grund des Rechts.

140) Von "der Freiheit im Rechte" spricht auch Brecher (a.a.O., S. 246, vgl. auch a.a.O., S. 239), doch wird die a.a.O., S. 245 aufgeworfene Frage na der Verbindung zur Existenzphilosophie nicht beantwortet.

141) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 251-263. - Von der ganz anderen Frage des Verhältnisses Richter- unbedingt-handelnder Angeklagter beleuchtet End das Problem und gelangt a.a.O., S. 90-97 zur Befürwortung einer existentiellen Entscheidung des Richters, die er ebenfalls als Ausnahmefall betrachtet (a.a.O., S. 96).

142) s.o. S. 91 f

143) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 251.

144) Historisch ist eine solche Grundentscheidung nicht mehr nachweisbar; vgl. schon für die Zeit vor Inkraftreten des BGB RGZ 20, 115 (117)=Urteil vom 11.2.1888.

ber darüberhinaus taucht das Problem des Zerbrechens der vermeintlich ge-
chlossenen Rechtsordnung auch und häufiger an der Peripherie auf. Selbst so spe-
ielle Fragen wie Zulässigkeit der Koppelung von Unterhaltsvereinbarungen und
estattung des Getrenntlebens[145] oder Konkurrenz von Globalzession und ver-
ängertem Eigentumsvorbehalt [145] können schon eine Grenzsituation bedeu-
en. Wenn auch die Folgen für die Rechtsordnung dabei nicht so weittragend sind,
önnen auch diese Fälle Sternstunden für den Richter darstellen, in denen die
outine zerbrochen wird und er vor der Frage nach dem Wesen des Rechts und
em Sinn seiner Arbeit steht. Auch in solchen Fällen kann das Recht in einer
xistentiellen Entscheidung erst geschaffen werden.

llerdings gibt es kein Erkenntnismittel, das anderen Gewißheit darüber gäbe, ob
iese Schöpfung geglückt oder verfehlt ist. Der Entscheidende selbst ist seiner
n der Tat gewiß[146], der Außenstehende kann die Richtigkeit nur durch existen-
elle Aneignung einsehen[147]. Ob darüberhinaus aus der Summe der einzelnen
ntscheidungen, aus dem, was festgehalten wird, sich in geschichtlicher Konti-
uität ein Bestand herausschält, läßt sich nur erahnen. Es wäre sicher verkehrt,
ollte man das Bleiben oder Vergehen der einzelnen Entscheidung als Maßstab
ırer Richtigkeit ansehen [148] und die Vorentscheidungen, die einmal Wagnis wa-
en, uns heute aber wie sicher scheinen, als quasi naturwissenschaftliche Ent-
eckungen betrachten, die über jeweilige Grenzen[149] in das noch Unerforschte
orgestoßen sind. Das schließt aber noch nicht die Vorstellung aus, das durch die
berlieferten Vorentscheidungen an der prinzipiellen Grenze eine relative Ver-
estigung eintritt, die uns das Vordringen zu tieferen und wesentlicheren Fragen
rleichtert; wobei wir uns aber - um nicht einer trügerischen Sicherheit zu ver-

---

45) RGZ 109, 137; BGHZ 30, 149; zu Einzelfragen s.u. § 5.
46) Jaspers, a.a.O., S.448; Fechner, Rechtsphilosophie, S.258 Anm.133.
47) Zu dieser Übernahme vgl. Jaspers, a.a.O., S. 578.
48) Jaspers, a.a.O., S. 450, 526; dazu oben Anm. 116.
49) Jaspers, a.a.O., S. 39 f.

fallen - gegenüber der Möglichkeit, dies alles wieder zu verflüssigen[150/151] offenhalten müssen. Nur mit diesen Einschränkungen kann diese wachsende Verfestigung als "Naturrecht mit werdendem Inhalt" (Fechner) [152] bezeichnet werden. Von diesem Aspekt her fällt auch ein neues Licht auf die Ursache dafür, daß die Präjudize bei den guten Sitten nur zu einer relativen Bindung führen können.

Darüberhinaus bleibt für unser Problem der guten Sitten folgendes:
Es ist, um ein Abirren in Willkür zu vermeiden, die Entscheidung so weit als möglich objektiv zu begründen, die Grenze sichtbar zu machen. An dieser Grenze ist der Richter zum Wagnis des Sprungs aufgerufen, in dem Willen, Neues zu gestalten, in dem Bewußtsein der Bindung für die Zukunft und offen für die Orientierung an den Chiffren der Transzendenz [153]. Was er in der Entscheidung als richtig er- und begreift, kann er anderen nur in der Form des Appells vermitteln.

Daß dieser Sprung dem Richter als einzelnem anvertraut ist, erhält seinen tiefere Sinn aus der Einsicht, daß nur er als quasi Sachverständiger die Grenze zu finden

---

150) vgl. Jaspers, a.a.O., S. 550: "um ... neue Verwirklichung zu schaffen und S. 310, wo dieser Prozeß des "eindeutig allgemeingültig" Werdens angesprochen wird, und dann S. 460 f.: "eine neu erstehende Freiheit sieht sich einer Notwendigkeit gegenüber, die vorher selbst aus Freiheit war. Sie muß sich gegen das erstarrte Fordern durchsetzen, um neue Formen des Geltenden zu schaffen;" vgl. weiter S. 578-580 und S. 406, wo zu dem Satz, "der Sinn meines Tuns ist ein Gewinnen, auf dem andere weiterbauen", Stellung genommen wird.

151) Auch End spricht a.a.O., S. 58 von der "nach neuer Objektivität strebenden Subjektivität der Existenz"; vgl. auch a.a.O., S. 64: "neu zu errichtendes Ordnungsgefüge".

152) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 261, vgl. dazu S. 258-263.

153) Übereinstimmend Fechner, Rechtsphilosophie, S. 251 ff., siehe aber oben Text zu Anm. 143 zu der Beschränkung auf Sternstunden des Rechtslebens. -
Zu dem anderen Ausgangspunkt Ends, s.o. Anm. 141.

imstande ist[154/155/156].

Was mir bei dieser Sicht so überaus positiv erscheint, ist einerseits die Bejahung der Pflicht, zunächst alle Möglichkeiten objektiver Begründung zu erschöpfen und daß andererseits vor dem verbleibenden Rest die Augen nicht geschlossen werden, sondern eine Antwort aus der Verantwortung versucht wird.

IV Ergebnis

1. Inhalt der Verweisung auf die guten Sitten

Mit dem Hinweis auf die guten Sitten wird dem Richter eine Wertentscheidung abgefordert. Er hat unter Einsatz seiner persönlichen Erfahrung die streitenden Werte darzulegen und den Konflikt unter Beachtung der Natur der Sache, der in der Rechtsgemeinschaft und in der Rechtsprechung vertretenen Anschauungen und der Praktikabilität der Entscheidung unter besonderer Berücksichtigung der Erfordernisse der beteiligten Kreise zu lösen. In den seltenen Grenzfällen, in denen trotz all dieser objektiven Kriterien ein unbegründbarer Rest verbleibt, muß er diese Ungewißheit bloßlegen und dann eine existentielle Entscheidung wagen. Ihr Ziel muß es sein, neuen Grund zu finden und sie muß an die Rechtsgenossen appellieren, nachzuvollziehen und sie als eigene zu übernehmen.

2. Gefundenes Ergebnis und Anstandsformel

Die Frage, mit der dieser Abschnitt geschlossen werden soll, ist die nach dem Verhältnis der Anstandsformel zu dem hier vertretenen Ergebnis. Es ist zunächst

---

154) Vielleicht läßt sich sogar das demokratische Mehrheitsvotum, eine Summe einzelner (u.U. widersprüchlicher) existentieller Entscheidungen, die möglich sind, weil das Verständnis ausreicht, um die Grenze zu erkennen, als einheitliche existentielle Entscheidung der Gemeinschaft behandeln; ein Gedanke, der hier nur angedeutet werden kann.

155) vgl. auch Eschenburg, a.a.O., S. 137 "die Verantwortung, das Interesse, die Intensität der Willensbildung (ist) um so größer, das System der Beratung um so verfeinerter, je kleiner die Zahl der Entscheidenden ist".

156) RGZ 162, 244 (247) nennt "die ... Aufgabe des Richters ... als rechtsschöpfendes Organ des Staates" tätig zu sein.

an die sehr unterschiedlichen Gehalte zu erinnern, mit denen diese Formel von den einzelnen Grundansichten her gefüllt worden ist. Es wäre gewiß eine Überdehnung ihres Sinnes, wollte man sie auch im Sinne des hier vertretenen Standpunktes interpretieren, als gäbe sie mit wenigen Worten all das wieder, was hier soeben als Ergebnis auf eine halbe Seite zusammengepresst worden ist.

Trotzdem hat diese Formel auch nach der hier vertretenen Auffassung ihren guten Sinn und ihre Existenzberechtigung. In ihr liegt nämlich recht gesehen gar keine Begründung der Entscheidung, sondern eine Behauptung. Angesichts der Tatsache, daß ein unlösbarer, unbegründeter Rest bei der Frage der Sittenwidrigkeit übrig bleibt, appelliert der Richter an die Rechtsgemeinschaft und als Ausgleich für das Mitschwingen seiner persönlichen Ansicht, der Meinung eines Einzelnen, fordert er deren Glieder auf, das Urteil nachzuvollziehen und dann mitzutragen. Ausdruck dieser Suche nach der Allgemeingültigkeit dieses subjektiven Meinens ist die Anstandsformel, die Behauptung (Hoffnung) also, alle billig und gerecht Denkenden sind derselben Ansicht wie ich, der erkennende Richter. Sie stellt so einen Versuch dar, das im großen verlorene einheitliche Bewußtsein im kleinen, für den konkreten Fall - aufbauend auf einer weitgehend nachvollziehbaren Begründung - wiederherzustellen. Im Grunde wird dabei an alle appelliert und die Zuspitzung auf die billig und gerecht Denkenden enthält nur die Aussage, daß nur über das billige und gerechte Ergebnis Nachdenkende den Richter unterstützen können, verbunden mit der Provokation, daß der ungerecht denke, der anderer Ansicht ist, die gewissermaßen der Stachel ist, der zum Prüfen anregen soll.

So verstanden leistet die Formel zwei wichtige Dienste:

Sie erinnert den Richter an seine Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft, und sie erinnert ihn auch daran, die Entscheidung so sorgfältig wie möglich zu begründen, damit erstens der ungelöste Rest sichtbar wird, um dessentwillen der Richter die Gemeinschaft anruft, und damit zweitens die Angerufenen dem Richter in seiner Begründung bis zu diesem Punkt folgen können und so möglichst optimale Voraussetzungen für die Bildung einer allgemeinen Auffassung gegeben sind.

Eine formelhafte Erfassung aller Grundlagen der Entscheidung halte ich nicht für möglich, und eine teilweise Einbeziehung der Begründung in die Anstandsformel auch nicht für wünschenswert, weil sonst die Gefahr besteht, daß die echte Begründung durch die Formel verdrängt wird.

Auch de lege ferenda ist m.E. noch kein Vorschlag gemacht worden, der die Anstandsformel ersetzen könnte. Die Formulierung im Art. 1 des Entwurfs eines

esetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschut-
s[157]), wonach bei der vorgesehenen Änderung des § 12 BGB "Beeinträchtigun-
n, die nach verständiger Auffassung im menschlichen Zusammen-
ben hinzunehmen sind, ... außer Betracht (bleiben)", ist noch nichtssagen-
r. Auch hier geht es darum, daß der Richter behauptet, seine Entscheidung ste-
mit der Ansicht aller verständig Denkenden im Einklang, und es ist nicht ein-
sehen, daß mit der Ersetzung der billig und gerecht Denkenden durch die Ver-
ändigen etwas gewonnen sein soll. Es muß vollends verwirren, wenn im sel-
n Entwurf auch der Verstoß gegen die guten Sitten erwähnt wird [158/159]).

e wichtigere Frage ist die, ob in der Praxis die Anstandsformel in dem hier
brauchten Sinne verwendet wird, bzw. ob die Praxis die Voraussetzungen erfüllt,
e die Behauptung, die Entscheidung stehe mit dem Anstandsgefühl aller billig
d gerecht Denkenden im Einklang, erst fruchtbar machen können.

---

7) Zitiert nach der Bundesratsdrucksache 217/59.
8) § 14 IV BGB in der durch Art. 1 des genannten Entwurfs vorgesehenen Fassung.
9) Ähnlich unklar die oben § 3 Anm. 75 ausführlich dargestellte Schutzmittel-entscheidung des BVerwG in NJW 1960, 1407 (1409), wo ebenfalls verständig zu billig und gerecht tritt, ohne daß der Zusatz erklärt oder ein Unterschied zwischen Verständigen und billig und gerecht Denkenden ersichtlich wird.

§ 5 KONSEQUENZEN DES ERGEBNISSES FÜR DIE PRAXIS

A DER STANDORT DER RSPR

I Keine Bindung an empirische Gegebenheiten

Sehr erfreulich ist, daß unsere Gerichte insgesamt [1] nicht der Versuchung erlegen sind, sich des Problems der guten Sitten durch die Verweisung auf die "Üblichkeit" zu entledigen. RG und BGH haben zutreffend erkannt, daß das Gesetz auf eine Wertung verweist, und auch die ständige Bezugnahme auf Durchschnittsmaß oder herrschendes Volksbewußtsein in der Rspr. kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß damit keine empirischen Maßstäbe in dem oben in § 3 D, E dargelegten Sinne herangezogen werden. Das ergibt sich aus der Ablehnung, die Übung als verbindlich anzusehen [2] und daraus, daß RG oder BGH kaum einmal tatsächliche Untersuchungen über die Ansichten der Rechtsgenossen anstellen [3]. Wieweit die oftmals das Gegenteil nahelegenden Formulierungen der Gerichte eine bewußte Verschleierung darstellen, um Angriffen auf die Urteile von vornherein die Spitze abzubrechen, ist fraglich. Vieles, vor allem der geschichtliche Zusammenhang, spricht dafür. So nennt Joerges [4] die Anstandsformel eine "Hülle", die verbergen solle, daß der Sittenverstoß "nur subjektiv begründet" werde; in demselben Sinne äußert sich Heck [5] und in neuester Zeit Brecher, Esser [7] und Fechner [8], der die Durchschnittsauffassung "eine pure Fiktion" nennt [9].

---

1) über Ausnahmen vgl. oben § 3 Anm. 70, 71, 75.

2) vgl. schon RGZ 48, 114 (125). Ausführlich dazu oben S. 25 f.

3) Verbreitet ist allerdings das Verfahren, bei Standesvertretungen o. ä. Gutachten über die in den betreffenden Kreisen vertretene Meinung einzuholen, doch haben sich die Gerichte nie an eine derartige Äußerung gebunden gefühlt. Vgl. z. B. RG GRUR 1930, 1204 (1205) (Entscheidung gegen ein Gutachten der Handels- und Industriekammer) und RGZ 153, 294 (Entscheidung gegen ein Gutachten der Ärztekammer).

4) a. a. O., S. 214. 5) Gesetzesauslegung S. 234. 6) a. a. O., S. 244.

7) Grundsatz und Norm S. 61.

8) Gutachten 1, S. 7 im Hinblick auf den geschmacklichen Durchschnitt.

9) Zur Frage der Scheinbegründung s. o. S. 56 (§ 3) und S. 84 (§4).

I Neigung zu Begründungen aus einer absoluten Ordnung

Bei der Darstellung der BGH-Rspr. war die Rede von der zunehmenden Neigung des BGH, sich auf das Sittengesetz, die materielle Gerechtigkeit o.ä. zu stützen. Es sei hier nochmals an die Entscheidungen BGHZ 12, 308 (320) (Sittengesetz); BGHZ 17, 327 (332) (Recht höherer Ordnung) und BGHZ 23, 175 (181) (materielle Gerechtigkeit) [10] und wegen ähnlicher Tendenzen beim RG an dessen Rspr. über die "allgemeinen Anstandsbegriffe"[11] und die gelegentlichen Bezugnahmen auf die Sittlichkeit[12] erinnert.

Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, es bestehe ein untergründiger Zusammenhang zwischen der Hochflut des (falsch verstandenen) demokratischen Gedankens und der Bezugnahme der Rspr. auf absolute Ordnungen, und zwar derart, daß die Gerichte sich vor der zwar nur selten ausgesprochenen, aber im Zuge der Zeit liegenden Forderung, das empirische Mehrheits- oder Durchschnittsmaß zu beachten, hinter ewigen, durch keine Mehrheit abänderbaren Gesetzen verschanzen. Sieht man nämlich von den Bordellentscheidungen des RG ab, deren Ergebnis nicht zweifelhaft sein konnte und wo die Bezugnahme auf die Sittlichkeit durch den Streitgegenstand nahegelegt wurde, fallen die im Ergebnis umstrittenen Urteile, in denen das RG mit den allgemeinen Anstandsbegriffen operiert, in die Jahre zwischen 1922 und 1930 [13], die ebenso wie die Gegenwart von oft mißverstandenen, aber doch wirksamen Vorstellungen über Demokratie beherrscht waren.

Die Bedenken gegen diesen Rückzug auf die vermeintlich uneinnehmbare Bastion absoluter Werte liegen auf der Hand: Es wird damit die Berechtigung des Richters zu eigener Wertung nach bestem Wissen unter Beachtung der im vorausgehenden Kapitel einzeln dargelegten Punkte preisgegeben und die Vorstellung genährt, man könne die Entscheidung aus einer absoluten evidenten Ordnung ablesen. Wenn diese letzte Behauptung infolge der Angriffe der Wissenschaft als unrichtig aufgegeben werden muß, besteht die Gefahr, daß man zu der Eigenwertung nicht mehr zurückfindet und in das andere Extrem verfällt, indem man das Heil in der Anlehnung an tatsächliche Meinungen und Übungen sucht.

---

(10) Einzelheiten oben § 2 B II 2 b
(11) RGZ 104, 327; 120, 144; 129, 357; Näheres oben § 2 A II 3
(12) vgl. z.B. RGZ 63, 367; 109, 137; Einzelheiten oben § 2 A II 2
(13) In denselben Zeitraum fällt RGZ 109, 137 mit ähnlicher Tendenz.

III Eigenwertung des Richters

Die meisten Entscheidungen versuchen ganz im Sinne der Darlegungen im vorausgegangenen Kapitel ihr Ergebnis zunächst objektiv zu begründen und stellen dann noch zusätzlich die Behauptung auf, es entspräche dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Freilich verblaßt das Bewußtsein, daß in der Anstandsformel nur eine Behauptung liegt, infolge der schematischen Anwendung der Formel. Gerade ihr häufiger Gebrauch bei völlig unzweifelhaften Fällen wecku einerseits die Illusion, daß mit ihr bei Zweifelsfragen eine Begründung gegeben werde und beschwört andererseits die Gefahr herauf, ins andere Extrem zu verfallen und in ihr nur noch einen schöneren Ausdruck für "das entspricht der allgemeinen Ansicht" zu sehen. Damit der in ihr liegende Appell gehört werden kann, ist deshalb auf folgendes zu achten:

1) Die Formel ist neben einer gelungenen nachvollziehbaren Begründung überflüssig.

2) Sie ist auch in den Fällen fehl am Platze, in denen das Ergebnis unzweifelhaft ist, und der Richter sich nur die Wiederholung aller Gründe ersparen will. Er mag sich dann auf die "allgemeine Meinung im Volk, Rechtsprechung und Rechtslehre" berufen; die Anstandsformel ist auch hier überflüssig.

3) In den Grenzfällen, wo das Resultat zweifelhaft und seine restlose Objektivierung nicht gelungen ist, soll die Anstandsformel klar als Appell herausgestellt werden.

B EINZELFRAGEN

I Begründung der Urteile

Im Hinblick auf diese Funktion der Anstandsformel als Appell ist die Rspr. nachdrücklich an die Notwendigkeit einer Begründung ihrer Ergebnisse zu erinnern. Erst nach einer so weit als möglich gehenden Begründung darf der Richter versuchen, den verbleibenden Einfluß subjektiver Momente durch den Appell an die Gemeinschaft zu rechtfertigen. Dagegen wird der Sinn der Anstandsformel in sein Gegenteil verkehrt, wenn sie, statt als Behauptung an letzter Stelle zu stehen, als "Begründung" an die erste Stelle gerückt und so die Begründung durch eine Behauptung ersetzt wird. Die lakonische Bemerkung "das widerspricht dem

Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ist nicht geeignet, der unterlegenen Partei die Einsicht zu vermitteln, daß sie im Unrecht ist.

1) Negative Beispiele

a) Als in dieser Hinsicht besonders unbefriedigendes Beispiel sei das grundsätzliche Urteil des RG[14] über das Verhältnis eines Versorgungswerks zum Konkursverwalter erwähnt. Wenn es darin nur heißt: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Wirkungen des für Monopolbetriebe allgemein bestehenden Abschlußzwanges ... ist es unzulässig, eine Zuleitungssperre zu dem Zweck zu verhängen, den Konkursverwalter zum Eintritt in einen ... Zuleitungsvertrag zu zwingen ..." - so wird nicht deutlich, daß in concreto nicht der Normalfall eines Monopolmißbrauchs vorlag, denn das Werk wollte nichts als das ihm zustehende Entgelt, es hat auch nicht die Sicherungsmöglichkeiten (Eigentumsvorbehalt), die sonstige Gläubiger im Regelfall haben, es muß nach der Rspr. liefern, auch wenn ihm der Abnehmer nicht sehr zahlungskräftig erscheint, und schließlich dienen seine Gewinne als Einnahmen der öffentlichen Hand dem Gemeinwohl; alles Erwägungen, die möglicherweise das RG-Urteil nicht umstoßen können, aber deren Berücksichtigung bei der (getroffenen) Wertentscheidung das RG durch eine entsprechende Abwägung in den Gründen hätte kenntlich machen müssen. Vielleicht liegt es mit an dieser mangelhaften Begründung, daß der ständigen Rspr. zum Trotz "die energierechtliche Spezialliteratur ... dem RG nie gefolgt (ist)" [15].

b) Aus der BGH-Rspr. sei das Urteil über die Nichtigkeit einer Globalzession künftiger Kundenforderungen an eine Bank herausgegriffen. Der BGH [16] hält eine solche Zession für sittenwidrig, "soweit sie auch solche Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinen Lieferanten auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muß und abtritt" (Leitsatz). Die Begründung der Sittenwidrigkeit zeichnet sich durch ihre Kürze (25 Zeilen !) aus. Sie sei hier nur unwesentlich gekürzt wiedergegeben: [17]

> "Wenn nämlich die Gemeinschuldnerin (= der Zedent!) in der Folgezeit unter Vereinbarung verlängerten Eigentumsvorbehalts Waren einkaufte, so täuschte

---

14) RGZ 148, 326 (334).

15) Fischerhof, a.a.O., S. 1895, wo die Rspr. des RG nachdrücklich abgelehnt wird (mit weiteren Nachweisen). Man darf dabei freilich nicht übersehen, daß die "energierechtliche Spezialliteratur" zu einer Überbetonung der Interessen der Versorgungsbetriebe neigen dürfte.

16) BGHZ 30, 149.

17) BGHZ 30, 149 (153)

sie dabei notwendig ihre Lieferanten, denn sie war zu der mit diesen jeweils vereinbarten Abtretung der ihr demnächst gegen ihre Abnehmer entstehenden Kaufpreisforderungen überhaupt nicht in der Lage, weil sie die Fo derungen schon der Klägerin (einer Bank) abgetreten hatte. Ohne Verstoß gegen die Einkaufsverträge konnte sie solche Forderungen gar nicht entstehen lassen, ... Die Gemeinschuldnerin mußte also ... ihren Lieferanten gegenüber fortgesetzt grobe Vertragsverletzungen, möglicherweise sogar strafbare Handlungen ... begehen. Dabei ist von Bedeutung, daß die Kläge rin ... wußte, daß die Gemeinschuldnerin in der Regel nur unter verlängertem Eigentumsvorbehalt Rohstoffe einkaufen konnte. Unter diesen Umständen verstößt die Vereinbarung ... klar gegen die Gesetze und die guten Sitten und ist deshalb nach §§ 134 und 138 I BGB nichtig.
(folgen 2 Zitate - Flume und Hees).

Aber so klar liegen die Dinge nicht [18]. Kein Wort verliert der BGH darüber, da die crux womöglich nicht bei der Bank, sondern bei den Lieferanten liegt, genau bei der Anerkennung des verlängerten Eigentumsvorbehalts: Wenn man schon die Abtretungen grundsätzlich nach der Priorität beurteilt, wie es der BGH a.a.O., S. 152 tut, kann man das dann dadurch aushöhlen, daß man den später vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalt ausnimmt ? Was für Forderungen hat denn ein Unternehmer, wenn nicht die an seine Kunden und kann man den Banken diese - nahezu einzige - Sicherheit deshalb nehmen, weil der verlängerte Eigentumsvorbehalt so üblich geworden ist ? In Wirklichkeit wird die Sittenwidrigkeit nicht aus der Täuschung hergeleitet, sondern aus dem Satz: die Bank muß Rücksicht auf die Warenlieferanten nehmen. Denn aus welchem anderen Grunde soll die Bank gehalten sein, die Ansprüche aus verlängertem Eigentumsvorbehalt von der Zession auszunehmen ? Warum verlangt man nicht von den Warenlieferanten die Klausel, daß ihr Eigentumsvorbehalt nur gelte, soweit die Forderung nicht anderweitig abgetreten sei ? An der Täuschung liegt es also nicht, denn umgekehrt erklärt die Rspr. den Eigentumsvorbehalt an Maschinen und Rohstoffen nicht schon dann für nichtig, wenn eine kreditgebende Bank durch die Unsichtbarkeit dieser Belastungen getäuscht werden könnte. So gut wie die Bank mit dem Eigentumsvorbehalt rechnen muß, so gut muß der Warenlieferant mit einer Globalzession rechnen.

In Wahrheit steckt also hinter der BGH-Entscheidung nicht die Entrüstung über di

---

18) Aus dem zwiespältigen Echo, das die Entscheidung gefunden hat, vgl. die Urteilsanmerkungen von A. Blomeyer in JZ 1959, 601 und G. Dempewolf in NJW 1959, 1533, sowie Neubeck a.a.O., und Wunschel a.a.O. . Die hier geübte Kritik lehnt sich in erster Linie an Dempewolf an, die Frage der Zulässigkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts macht Blomeyer, a.a.O., für den konkreten Fall nutzbar.

rübte Täuschung, sondern entweder die Überzeugung, der Warenlieferant habe r Bank irgendwie "vorzugehen" (Surrogation o.ä.), eine Vorstellung, die der GH a.a.O., S. 152 ausdrücklich ablehnt, oder die Meinung, der Unternehmer ırde durch die Zession allzusehr beengt, weil er Waren nur unter verlängertem gentumsvorbehalt einkaufen könne, doch wird auch eine Knebelung vom BGH a.O., S. 151 verneint. Geht es also in Wahrheit um den Gegensatz: Warenlie- ant - Bank und nicht um die Frage der sittlichen Verwerflichkeit einer Täu- nung eines Partners, ist dem Urteil schon die Offenlegung der streiten- en Interessen mißlungen. Weiter erwägt es die Ansichten der Wirt- haft oder der Rechtslehre über das Problem nicht hinreichend, die oße Zitierung zweier Autoren ohne Auseinandersetzung mit ihnen oder anderen immen kann nicht genügen. Auch geht das Urteil mit keiner Silbe auf die aktikabilität seiner Lösung ein, die einmal um der Kreditsicherung und mit um der Kreditgebung durch die Banken willen recht fragwürdig ist, weiter ire zu prüfen, ob die Banken den Vorwurf, sie trieben den Unternehmer durch e Globalzession zum Betrug gegenüber seinen Lieferanten, nicht durch die for- ularmäßige Verpflichtung des Unternehmers, nicht mehr unter verlängertem Ei- ntumsvorbehalt einzukaufen, ausräumen könnten, ohne daß sich sachlich am m BGH beanstandeten Zustand etwas zu ändern brauchte.

geht hier ebensowenig wie im vorausgegangenen RG-Fall um die Richtigkeit r Entscheidung. Sie wird freilich durch solche Scheinbegründungen, die nur lzu rasch in Fehlbegründungen übergehen [19], stark gefährdet. Wie problema- ch die vom BGH im konkreten Fall verfochtene These ist, zeigt auch ihre eitgehende Modifizierung in neueren Urteilen[20]. Jedenfalls gibt sowohl dieser GH-Fall als auch das aus der RG-Rspr. herausgegriffene Beispiel hinreichend An- ß zu der Mahnung, daß die Sittenwidrigkeit der Begründung bedarf, und ein n Ergebnis zutreffendes Urteil ohne genügende Erklärung dem Ansehen der Ge- chte genau so viel schaden kann wie ein unrichtiges Urteil, bei dem der Betrof- ne aber sieht, daß sich das Gericht wenigstens um eine ordentliche Begründung müht hat. Mindestens muß um der Kontrollierbarkeit der gerichtlichen Entschei- ngen willen und um einer bloßen Gefühlsjurisprudenz zu entgehen, von den Ur- ilsgründen verlangt werden, daß sie nachweisen, daß die verschiedenen sich in ncreto widerstreitenden Werte erkannt und gewürdigt worden sind und daß bei rer Abwägung die von der Rspr., den beteiligten Kreisen und dem Volke insge- mt vertretenen Ansichten beachtet worden sind.

Positive Beispiele

ß man mit diesem Verlangen nichts Unmögliches begehrt, zeigen die zahlrei-

---

) dazu Brecher a.a.O., S. 332 f.

) BGH NJW 1960, 1003 und BGHZ 32, 361 (365).

chen Beispiele, wo der Sittenverstoß einwandfrei begründet wird.
In BGHZ 25, 369 (WIPP) wird auf S. 372 zunächst der Konflikt: Schutz vor Beeinträchtigungen einerseits - aus der freien Marktwirtschaft folgende Schädigungen andererseits - aufgezeigt. Dann (S. 373) wird nachgewiesen, daß in concreto di Schädigung aus der Natur des Warenzeichens folge und anschließend (S. 374/75 die Praktikabilität einer anderen Lösung untersucht und verneint. Ebenfalls auf S. 375 wird geprüft, wieweit das Allgemeininteresse verletzt worden sei und schließlich (S. 376 bis 379) festgestellt, ob in dem, nach den vorangegangenen Ausführungen als erlaubt anzusehenden Verhalten etwa ein Mißbrauch liege. Di Sittengemäßheit des fraglichen Handelns wird so Schritt für Schritt in jederzeit kontrollierbarer Weise begründet.

Auch die Entscheidungen BGHZ 24, 72 (zum allg. Persönlichkeitsrecht) und BG 27, 172 (Akzepttausch) können als Belege dafür gelten, daß die Gerichte durch die Forderung, die Sittenwidrigkeit und damit das mit der Anstandsformel als ri tig ausgegebene Ergebnis in der in § 4 dargelegten Weise zu begründen, nicht überbeansprucht werden.

II Konsequenzen für die Ausbildung

Sicher ist, daß durch die Notwendigkeit einer Wertung auch dort, wo das Ergeb aus dem positiven Recht allein nicht hergeleitet werden kann und ihrer Begründ hohe Anforderungen an die Richter gestellt werden. Aus der Schwierigkeit diese Aufgabe sollte man Folgerungen für die Ausbildung des juristischen Nachwuchse ziehen. Neben die Beherrschung der Technik des positiven Rechts sollte die Ken nis der praktischen Bedürfnisse der verschiedenen Kreise [21] und das Wissen um Grundwertungen unserer Rechtsordnung treten. Die zunehmende Bedeutung der Grundrechte, innerhalb derer laufend Abwägungen und Kompromisse geschlosse werden müssen [22], die die Kenntnis von dem Vorrang bestimmter Verfassungse scheidungen bedingen, hat zur Erfüllung dieser Forderung schon manches beige gen[23]. Von da ist es nur noch ein Schritt bis zu dem Wunsch, den Juristen auc mit der "im abendländischen Kulturkreis herrschenden sittlichen Anschauung" (BGHZ 30, 140 (142) vertraut zu machen, damit er die in der Gegenwart bedro

---

21) daraus leitet Peretiatkowicz a.a.O., S. 273 die Vorhersage einer zunehmenden fachlichen Spezialisierung der Juristen ab.

22) vgl. BGHZ 24, 72 (77 f.) zur Wertabwägung beim allg. Persönlichkeitsrecht.

23) vgl. z.B. Dürig, Art. 1, Randnummer 133 (= S. 67).

rundposition unserer Rechtskultur erkennt. Das kann nur die Rechtsphilosophie, .e ihm auch einen Einblick in die Fragwürdigkeit der vom BGH ohne Frage ver-endeten absoluten Ordnung des Sittenbesetzes gewähren kann[24].

I Revisibilität

ler der hier vertretenen Ansicht folgt, nach der der Richter durch eigene Wer-ng ermitteln muß, ob ein bestimmtes Verhalten unter den Begriff der Sitten-idrigkeit subsumiert werden kann, muß zu dem Ergebnis kommen, daß diese rage als Rechtsfrage der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt. Das evisionsgericht bindende tatsächliche Feststellungen i. S. des § 561 III ZPO kön-en von diesem Standpunkt aus nur über die fragliche Handlung selbst, nicht aber ber ihren Verstoß gegen die guten Sitten getroffen werden, während diejenigen, .e die Sittenwidrigkeit von der Feststellung einer Übung bzw. tatsächlichen An-cht im Volk über das Anständige abhängig machen wollen, konsequenterweise lche Feststellungen unter Berufung auf § 561 III ZPO dem Revisionsangriff ent-ehen müßten, eine Folgerung, die kaum einmal[25] gezogen wird. Sie müßte uch zu dem paradoxen Ergebnis führen, daß durch die Bindung an tatsächliche einungen im Volke nicht - wie beabsichtigt - ein Höchstmaß an Überprüfbarkeit es Urteils gewährleistet wäre, sondern daß im Gegenteil eine wichtige Kontroll-öglichkeit - die Revisionsinstanz - verlorenginge.

ie Revisionsgerichte prüfen seit der Grundsatzentscheidung des RG in RGZ 48, 15 [26] ausnahmslos nach, ob die Voraussetzungen eines Sittenverstoßes gegeben nd und nehmen eine Bindung nur an tatsächlichen Feststellungen über das fragli-ne Verhalten selbst an[27]. Dabei ist freilich zu beachten, daß man bei der Begrün-ung des Sittenverstoßes aus "einer überstaatlichen Rechtsnorm" (BGHZ 17, 327 32)) zu demselben Ergebnis (Revisibilität) käme.

---

4) Gerade derzeit, wo die Debatte über die Studienreform in Gang gekommen ist, bestehen gewisse Aussichten, daß dieser Wunsch in Erfüllung geht.

5) Tetzner, der a.a.O. § 1 Anm. 34 die Frage immerhin noch erwähnt, nennt keine abw. Stellungnahmen; vgl. aber Coing, in Staudinger, § 138 Anm. 23, der zwar den hier vertretenen Standpunkt teilt, aber darauf hinweist, daß vereinzelt zur Zt. des Inkrafttretens des BGB die Meinung vertreten wurde, "die Moralfrage selbst, die Frage, was i.e. Falle 'gute Sitten' sind, ... (sei) lediglich Sache der tatsächlichen Feststellung und daher (ZPO § 561) der Nachprüfung des Revisionsgerichts entrückt".

6) oben § 2 A I 1 = S. 12 ausführlich, auch im Hinblick auf die Revisibilität, besprochen.

7) Daß auch bei einer derart beschränkten Bindung die Würfel meist schon mit der

IV Rechtskraft

1) Aus der Wandlungsfähigkeit des Begriffs der guten Sitten ergibt sich die Fra
ge, ob die auf einem Sittenverstoß beruhenden Urteile davon mit berührt werden
oder ob sie wegen ihrer Rechtskraft nicht mehr abänderbar sind.

Wegen der Friedensfunktion der Rechtskraft kann man zunächst alle Fälle aussche
den, in denen eine einmalige Situation zur Debatte stand.

Wer mit dem Einwand des § 138 BGB eine einmalige Leistung verweigern wo
te und damit nicht durchgedrungen ist, kann dieses Urteil auch später nicht
mehr mit der Behauptung umstoßen, der Begriff der guten Sitten habe sich v
feinert und jetzt stünde ihm daher die Einwendung des Sittenverstoßes zu.

2) Es bleiben die Tatbestände übrig, in denen es um ein Dauerrechtsver-
hältnis geht, das noch in die Gegenwart wirkt, aber durch ein in der Vergan-
genheit erlassenes Urteil gestaltet worden ist. Wenn dieses Urteil auf den guten
Sitten beruht und deren Unterlagen sich inzwischen gewandelt haben, so fragt es
sich, ob ex nunc das Urteil deshalb außer Kraft tritt.

Das Paradebeispiel [28] bildet der § 1 UWG. Kann, wer mit der Klage auf Unter-
lassung einer bestimmten Wettbewerbshandlung rechtskräftig abgewiesen worden
ist, später geltend machen, dasselbe Verhalten werde jetzt allgemein als sitten-
widrig empfunden, das gegen ihn ergangene rechtskräftige klagabweisende Urtei
sei damit gegenstandslos geworden, eine neue Klage also zulässig und begründet

Die Frage wird in Literatur und Rspr. unterschiedlich beantwortet. Während
Rosenthal [29] und Tetzner [30] mit der Änderung der guten Sitten auc
die entsprechenden Urteile trotz Rechtskraft als überholt ansehen, haben da

---

Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse gefallen sind, wird von Schule
a.a.O., S. 6 betont.

28) Ein anderes Beispiel ließe sich aus dem bekannten Widerstreit von Unterhalt
und Statusurteil ableiten: Abweisung der Unterhaltsklage, anschließend Obsi
gen des Kindes im Statusprozeß, erneute Unterhaltsklage (aus § 826 BGB) wir
wieder, wegen der Rechtskraft des ersten Unterhaltsurteils, abgewiesen. Kön
später das Kind nochmals auf Unterhalt klagen mit der Begründung, es werd
nunmehr als sittenwidrig empfunden, wenn sich der uneheliche Vater auf
die Rechtskraft des ersten Unterhaltsurteils berufen könne ?

29) a.a.O., § 1, Note 22a. 30) a.a.O., § 1 Anm. 46 (= Seite 104).

RG [31] und ihm folgend Reimer [32] mit Rücksicht auf den Sinn der Rechtskraft den gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Das RG begründet seine Meinung: "Wäre diese Ansicht (sc. Rosenthals etc.) richtig, so müßte die Rechtskraft überall da außer Betracht bleiben, wo bei unverändertem Tatbestand die rechtliche Bewertung der Tatsachen durch die Rspr. sich gewandelt hat. Denn für eine Beschränkung jener Lehre auf Fälle der Beurteilung eines Tatbestandes als Verstoß gegen die guten Sitten liegt kein Grund vor." Eine derartig weitgehende Aushöhlung der Rechtskraft aber lehnt das RG als nicht im Sinne des Gesetzes liegend ab.

Man kann das Problem nicht mit dem RG auf die einfache Formel zurückführen, daß eine Änderung der guten Sitten als eine Änderung der Rspr. unbeachtlich sei[33]. Mit dieser Begründung könnte man auch einem unehelichen Kind, dem 950 35.-- DM monatlicher Unterhalt zuerkannt wurden, die Erhöhungsklage abschneiden, weil die mindestens 60.-- DM, die heute von den Gerichten zugebilligt werden, als Änderung in der Rspr. ihm nicht zugute kommen könnten. Eine saubere Lösung wird man nur dann finden, wenn man sie über § 323 ZPO sucht, wo er in diesem Zusammenhang nirgends [29, 30, 31, 32] erwähnt wird, obwohl auch eine Unterlassungsklage eine "Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen" i.S. des § 323 ZPO erstrebt [34]. Aus § 323 ZPO folgt dann die Notwendigkeit der Veränderung der tatsächlichen Unterlagen des Urteils also nicht bloß eine Veränderung in der Beurteilung dieser Unterlagen[35]. Der weitere Weg ist einfach. Oben in § 4 ist dargelegt, daß die Übung, die Wertansichten der Allgemeinheit etc. den Stoff für die richterliche Entscheidung über die Sittenwidrigkeit bilden. Die Veränderung dieses Materials ist Wandlung der tatsächlichen Grundlagen des Urteils[36] und macht deshalb - wenn sie wesentlich ist - die Abänderungsklage aus § 323 ZPO zulässig. Ob die begehrte Änderung begründet ist, steht damit noch nicht fest, weil der Richter mit neuen tatsächlichen Verhältnissen nicht neue Normen vorfindet, er an die Anschauungen der Allgemeinheit, die Übung etc. nicht gebunden ist.

---

1) RGZ 125, 159 (162). 32) a.a.O., S. 928.

3) vgl. auch die Einschränkung bei Reimer a.a.O., S. 928 gegenüber dem RG: "Anders, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse gewandelt haben".

4) vgl. Rosenberg, a.a.O., § 153 I 3 C und § 153 I 2 d, wo dargelegt ist, daß auch die Abweisung einer Verurteilung dem § 323 ZPO unterfallen kann.

5) vgl. Rosenberg, a.a.O., § 153 II 2.

6) Die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse durch die Allgemeinheit ist ein Teil der Tatsachengrundlage der richterlichen Beurteilung, eine Änderung der Beurteilung durch die Wettbewerber also Änderung "derjenigen Verhältnisse, die für die Verurteilung (zur Unterlassung) ... maßgebend waren".

Dem RG ist also zuzustimmen, wenn es eine Änderung in der Rspr. für unbeachtlich erklärt. Aber dieser Wandel in der richterlichen Beurteilung muß bei einem konstanten Sachverhalt erfolgt sein; wenn die Rspr. sich - wie im konkreten Fall vorgetragen war - deshalb geändert hat, weil der Verkehr schärfere Anforderungen gestellt hatte, so ist die Änderung in der Rspr. in Wahrheit ein Nachgeben gegenüber gewandelten tatsächlichen Verhältnissen, die Abänderungsklage also zulässig.

§ 6 WEITERE ANWENDUNGSFÄLLE DER ANSICHTSFORMEL

A DIE ANSICHTSFORMEL IM BEREICH DER ÄSTHETIK

Die bisherigen Ergebnisse sind alle am Beispiel der Anstandsformel gewonnen worden. Abschließend sollen sie noch auf einen anderen Anwendungsfall der Ansichtsformel, und zwar im Bereich der Ästhetik übertragen werden.

I Ausgangspunkt

Es geht hier um die Probleme der "anständigen Baugesinnung"[1] und die weitgehend gleichliegenden Fragen des Landschafts- und Naturschutzes. Sie sind deshalb so stark umstritten, weil die gesetzlichen Begriffe wie "anständige Baugesinnung","störende Reklame" etc. ebensowenig eindeutig sind wie der Begriff der "guten Sitten".

Versucht man die notwendige Konkretisierung parallel zu den guten Sitten formelhaft zu fassen, so müßte man einen Verstoß gegen die mit der anständigen Baugesinnung in Bezug genommene Ästhetik dann annehmen, wenn ein Bau

dem Schönheitsgefühl aller ästhetisch Denkenden (Empfindenden) bzw. der Ansicht aller ästhetisch Empfindenden über das Schöne

widerspricht.

Die Rspr. gebraucht die Formel gleich in Gestalt einer Durchschnittsformel, sie geht vom "Durchschnittsbeschauer" [2] aus, dessen Schönheitsempfinden sie dann als verletzt ansieht, wenn "ein positiv häßlicher, jedes offene Auge verletzender Zustand" [3] geschaffen ist oder in der Formulierung des SächsOVG, wenn das "Empfindungsvermögen des normal entwickelten, gebildeten Durchschnittsmenschen"[4]

---

1) So § 1 der Baugestaltungsverordnung (BauGestVO) vom 10.11.1936, RGBl I 938; das ältere Recht brachte dasselbe Problem unter das Stichwort "Verunstaltung".
2) PrOVG 104, 236 (240) und 105, 250 (251) in den Jahren 1939 und 1940; ähnlich schon 1898 in PrOVG 33, 404 (407) und 1910 in PrOVG 55, 424 (435).
3) So schon PrOVG 9, 353, (381) vom 14.6.1882 (Kreuzbergurteil) und dann ständig, vgl. PrOVG 33, 404 (409); 45, 393 (402); 82, 438 (440).
4) SächsOVG 17, 109 (111) aus dem Jahre 1911.

verletzt ist. Die Rspr., die "das Urteil eines ästhetisch oder künstlerisch geschulten Beobachters" [5] zur Konkretisierung heranzieht, fußt auf wenigen Ausnahmebestimmungen [5].

II Ausgestaltungen der Schönheitsformel

1) Demokratisierung

Bei der Anstandsformel war die Erscheinung zu beobachten, daß nach und nach vom Gedanken der gewaltenteilenden Demokratie her ein gegenüber der Verwaltung gegebenes Schutzbedürfnis auf die Rspr. übertragen wurde, und zu einer Demokratisierung der Formel geführt hat [6]. Hier bei der Schönheitsformel liegt dieses Schutzbedürfnis schon in ihrem Ursprung, da sie die Befugnis der Exekutive (Baupolizei), dem Bürger Beschränkungen aufzuerlegen, meßbar machen sollte. Das brachte das PrOVG schon 1882 im Kreuzbergurteil zum Ausdruck [7], als es ein Recht der Polizei, zum Schutz ästhetischer Interessen einzuschreiten, grundsätzlich verneinte. Die entsprechenden Ausnahmebestimmungen interpretierte das Gericht dann konsequenterweise restriktiv.

> So wehrte es 1898 das Verlangen des beklagten Staates, den "geschärften Blick des in der Beurteilung ästhetischer Fragen geübten kleineren Teils des gebildeten Publikums" [8] zugrunde zu legen, mit dem Bemerken ab, "daß es sich hier ... um gesetzliche Bestimmungen handelt, welche die Zulässigkeit der exekutiven Polizei über die ... allgemeingültigen Grenzen hinaus erweitern, ... auf das ihr sonst grundsätzlich entzogene Gebiet der Obhut über ästhetische Interessen ... . Schon dieser Gesichtspunkt zwingt dazu, wenn überhaupt eine verschiedenen Auffassung des Begriffes "grobe Verunstaltung" möglich wäre, diejenige zu wählen, die sich von dem grundsätzlichen Wesen der exekutiven Polizei am wenigsten entfernt, ... anstatt mit dem Beklagten (= Staat!) den Polizeibehörden auf baulichem Gebiete eine Pflege ästhetischer Interessen nach Anforderungen, die von einem ... höheren als dem im Durchschnitt vorhandenen ... Bildungsgrade bemessen werden, anzuvertrauen und der Polizei so eine Aufgabe zu stellen, zu deren Lösung ihren weitaus meisten Organen die ausreichende Befähigung mangelt un

---

5) PrOVG 104, 236 (240), daselbst auch Zusammenstellung der spärlichen Rechtsgrundlagen für diesen verschärften Maßstab.

6) vgl. oben § 3 E I 1

7) PrOVG 9, 353 (insbes. 380 f.).

8) PrOVG 33, 404 (407).

die ... das gesamte Bauwesen auf Kosten des Publikums einem völlig unsicheren, ... jeder Kontrolle sich entziehenden Einfluß (unterwirft)" [9].

Immerhin gab das Gericht ausdrücklich zu erkennen, daß es damit die Entscheidung nicht "dem tatsächlichen Empfinden der breiten Masse des Volkes oder auch nur einer überwiegenden Mehrheit des Publikums"[10] überlassen, sondern die Frage nach dem, "was objektiv aus ... dem Sinn ... des Gesetzes zu entnehmen ist" [10] beurteilen wollte, anders ausgedrückt: die Entscheidung, ob jedes offene Auge verletzt werde, sollte nach der Ansicht des Gerichts entschieden werden ! Daran hielt das PrOVG konsequent fest und die Verletzung des Schönheitssinnes des Durchschnittsbeschauers wurde von ihm aus der persönlichen Kenntnis der Mitglieder des Senats [11] oder an Hand von Lichtbildern [12] oder durch Augenscheinseinnahme [13] geklärt. Bezeichnend dafür auch PrOVG 58, 442 (443 f.), wo dargetan wird, daß die "im rheinisch-westfälischen Industriebezirk herrschenden Anschauungen und Geschmacksrichtungen" nicht dazu führen könnten, "daß eine so hochgradige Verunzierung ... der Unterstellung unter den gesetzlichen Begriff der gröblichen Verunstaltung entzogen würde".

Dagegen war nach Auffassung des PrOVG i.d.R. ein Sachverständigen-Gutachten heranzuziehen, wenn der schärfere Maßstab des "ästhetisch Geschulten" angewendet werden mußte.[14], wie es die in der Zeit des Dritten Reiches erlassene BaugestVO und die auf ihr beruhenden Polizeiverordnungen mehr und mehr mit sich brachten.

Auch die Nachkriegs-Rspr. blieb auf diesem Standpunkt: Maßgeblichkeit des Durchschnittsempfindens ohne Heranziehung von Sachverständigen [15].

Das BVerwG [16] hat schließlich im Interesse der Rechtsstaatlichkeit einen Maßstab verlangt, mit dessen Hilfe "sich mit ausreichender Bestimmtheit ermitteln

---

9) PrOVG 33, 404 (407), wiederholt in PrOVG 55, 424 (435); ähnlich PrOVG 79, 366.
10) PrOVG 33, 404 (408). 11) PrOVG 45, 393 (402).
12) PrOVG 69, 403 (405). 13) PrOVG 77, 460 (464).
14) PrOVG 105, 250 (251), vgl. oben Anm. 5, 6.
15) OVG Münster (1952) in BRS 2, 254 (258); VGH Freiburg in BRS 2, 279 (280), OVG Hamburg in BRS 2, 294 (295); VGH Kassel in BRS 3, 197 (201); anders OVG Lüneburg in BRS 4, 220 (221); vgl. noch OVG Koblenz in BRS 3, 104 über die Auswirkungen der Nachkriegsverhältnisse.
16) BVerwG 2, 172; ähnlich in NJW 1959, 1194.

läßt, was von der pflichtigen Person verlangt wird" [17]. Da "die Anschauungen darüber, was ästhetisch befriedigend ist, innerhalb der Bevölkerung ganz verschieden (sind), ohne daß eine allgemeingültige Richtschnur zu finden wäre" [18], stellt das BVerwG, um den Fortbestand des § 1 BaugestVO zu retten, auf eine Verletzung, (nicht auf eine Beeinträchtigung) des ästhetischen Empfindens des Beschauers ab. Ob eine solche Verletzung gegeben ist, will das Gericht weder einem "ästhetisch besonders empfindsamen oder geschulten Betrachter" [19] überlassen, weil "die Auswahl dieses Personenkreises ... sich jeder zuverlässigen Beurteilung (entzieht)" [19], noch solchen Menschen, "die ästhetischen Eindrücken gegenüber ... unempfindlich und gleichgültig sind", weil diesen "jede sachliche Urteilsfähigkeit (abgeht)". Das Gericht will "vielmehr das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters ..., also des gebildeten Durchschnittsmenschen, der zwischen diesen beiden Personenkreisen steht" [19] maßgebend sein lassen, wobei es wieder ins 19. Jahrhundert, zum "positiv häßlichen, jedes offene Auge verletzenden Zustand" (so PrOVG 1882)[20] zurückkehrt.

2) Verabsolutierung

Nur der nationalsozialistische Gesetzgeber hatte die vom Schutz des Individuums ausgehende einheitliche Front mit der BaugestVO durchbrochen. Ihr erklärtes Ziel [21] war es, den Stilwirrwarr der vorausgegangenen Jahrzehnte durch eine neue, einheitliche Linie zu ersetzen, so daß man insoweit von dem Versuch sprechen kann, wieder einen einheitlichen Maßstab für die Verunstaltung aufzustellen.

III Ergebnis

Das Schwanken der Gerichte, ihre Bezugnahme auf zahlreiche, durch kleine und größere Abweichungen unklar werdende Maßstäbe wie der für ästhetische Eindrücke offene Betrachter [22], der gebildete Durchschnittsmensch[22], der Durchschnittsbeschauer [23], der durchschnittlich gebildete Betrachter [24], das Durchschnittsemp-

---

17) a.a.O., S. 175. 18) a.a.O., S. 176. 19) a.a.O., S. 177.

20) im schon oben Anm. 3 erwähnten Kreuzbergurteil, PrOVG 9, 353 (382).

21) vgl. den Erlaß des Reichsarbeitsministers im RArbBl 1937 I 4.

22) BVerwG 2, 177; OVG Münster BRS 7, 171 (174).

23) PrOVG 104, 236 (240).

24) OVG Münster BRS 6, 158 (159). Man untersuche einmal den durchschnittlich gebildeten Menschen und den gebildeten Durchschnittsmenschen auf ihre Unterschiede!

finden des gebildeten Menschen [25], der künstlerisch und ästhetisch geschulte Beobachter [26], der Durchschnittsmensch mit natürlichem Schönheitsempfinden[27] und das gesunde Durchschnittsempfinden[28] weist auf eine ähnliche Unsicherheit in der "Maßstäblichkeit des Maßstabs" [29] hin wie bei der Anstandsformel. Es liegt nahe, das dort gewonnene Ergebnis auf diesen Anwendungsfall zu übertragen.

1) Keine Bindung an empirisches Sein

Dabei ist zunächst vor allem gegenüber dem BVerwG [30] klarzustellen, daß man davon ausgehen muß, daß wir wie bei der Wertung gerecht-ungerecht bei der Wertung schön-häßlich "eine allgemeingültige Richtlinie" [30] vor Augen haben, die wir unserer Entscheidung zugrunde legen. Ohne den Willen, eine solche Gesetzlichkeit zu realisieren, kann man gar nicht, wie es das BVerwG a.a.O. tut, von einem ästhetisch Gebildeten bzw. Gleichgültigen sprechen, sondern müßte die Entscheidung restlos den tatsächlichen Anschauungen des Volkes anheimgeben, wobei dann jede Meinung gleich schwer wiegen würde. Anders ausgedrückt: auch im ästhetischen Bereich gibt es ein "Sollen", das nicht schrankenlos vom empirischen "Sein" unserer tatsächlichen Meinungen über das Schöne abhängig gemacht werden kann; eine Grundansicht, zu der sich das BVerwG schon bekennt, wenn es zwischen ästhetisch Gebildeten und Gleichgültigen einen Durchschnittsmenschen herausgreift.

2) Keine Eindeutigkeit der Gesetze der Ästhetik

Andererseits kann von einer klaren Einsichtigkeit des ästhetischen Sollens nicht gesprochen werden. Zwar hat, wie jeder Mensch eine Ahnung vom Rechten hat, jeder ein Schönheitsempfinden, aber trotzdem existieren auch über das Schöne unterschiedliche Auffassungen. Schon deshalb ist grundsätzlich das Urteil über schön und häßlich eine Frage, die von den Sachverständigen, im Baurecht von den Architekten, zu beantworten ist. Sie genießen infolge ihrer Ausbildung und Erfahrung ein besonderes Vertrauen, auch sie müssen aber, um sich dieses Vertrauen nicht zu verscherzen, ihr "Urteil" begründen. Als Kriterien, die eine Objektivierung dieses Urteils ermöglichen, kommen dabei dieselben wie die oben bei der Anstandsformel [31] genannten in Betracht, unter denen die Natur der Sache hier eine besondere Rolle spielt.

---

25) OVG Hamburg BRS 2, 294 (295).
26) PrOVG 104, 236 (240); OVG Lüneburg BRS 4, 220 (221).
27) OVG Koblenz BRS 4, 268 (270)
28) VGH Freiburg BRS 2, 279 (280).
29) Fechner, Gutachten 1, S. 10.
30) BVerwG 2, 176.
31) s.o. § 4 B II 3.

Der in der Rspr. ab und zu auftauchende Gedanke, der Sachverständige könne schon deshalb nicht maßgebend sein, weil der einschreitende Politzist nicht die entsprechenden Kenntnisse habe [31a], beruht auf der völlig veralteten Vorstellung nach der ein uniformierter Polizist an einer Baustelle vorbeigeht, Anstoß nimmt und einschreitet. In Wirklichkeit sitzen jedenfalls heute in den Landratsämtern und Regierungspräsidien, die die Baupläne genehmigen, Sachverständige, zwar nicht i.S. einer neutralen Behörde, denn sie sind im Rechtsstreit Partei, die aber die Voraussetzungen ihres Einschreitens auch bei Anlegung verschärfter Maßstäbe recht genau abschätzen können [31b].

3) Die Schönheitsformel als Appell in Grenzfällen

Erst wo eine objektive Begründung der Wertung "unschön" nicht gelingt, läßt sich der Einsatz der Schönheitsformel als Appell an alle Menschen mit Schönheitssinn rechtfertigen. Auch hier kann wegen aller Einzelheiten auf die entsprechenden Ausführungen zur Anstandsformel [32] verwiesen werden.

4) Der Bezug zur Gerechtigkeit

In einem wichtigen Punkt bleibt die Parallelität zwischen Anstands- und Schönheitsformel unvollständig. Die Problematik des Verweises der guten Sitten auf die Sittlichkeit ist mit dem Auffinden des sittlichen Gebotes erschöpft, da jedenfalls in diesem Bereich eine Kongruenz der Gebote der Sittlichkeit und der Gerechtigkeit vorliegt. Dagegen kann man nicht von einer solchen einfachen Übernahme der vom Schönheitsideal her zu stellenden Anforderungen durch das Recht ausgehen. Hier ist vielmehr noch als weitere Prüfung einzuschalten, ob die ästhetischen Forderungen etwa vom Recht her gesehen als überspitzt und damit ungerecht betrachtet werden müssen.

Beispielsweise kann in Baugebieten die Bauerlaubnis nicht deshalb verweigert werden, weil hier jeder Bau stört; oder es kann keine Bauausführung verlangt werden, die um der ästhetischen Belange willen dem Bürger praktisch - insbes. finanziell - Unmögliches auferlegt. Diese Kontrolle darf aber nicht überschätzt werden, da zumeist schon die ästhetischen Sachverständigen von diesen Gegebenheiten (z.B. den vorhandenen Baustoffen) ausgehen.

31a) vgl. PrOVG 33, 404 (407); 55, 424 (435).

31b) Das hat das SächsOVG schon 1911 erkannt, vgl. Sächs. OVG 17, 109 (111) wenngleich auch da noch von einem Gegensatz Behörde-Sachverständiger die Rede ist.

32) s.so. § 4 B II 3.

Die Unterscheidung der Wertungen schön / häßlich und gerecht / ungerecht wird leider selten gesehen. Während man vom hier vertretenen Standpunkt aus zu differenzierenden Lösungen kommt, verbaut man sich jedes elastische Vorgehen bei dem willkürlichen Zusammenziehen beider Wertungen zu einem ästhetischen Durchschnittsmaß. Willkürlich ist diese pauschale Reduzierung schon deshalb, weil grundsätzlich wie das Schamgefühl auch der Schönheitssinn "eines der idealen Güter, ... die dem ganzen Volke eigen" [33] sind, ist, und es kann "nicht jedermann erlaubt sein, dieses Empfinden 'bis zu einem gewissen Grade' zu verletzen" [33], eine Erkenntnis, die es vor allem im Hinblick auf Art. 2 IGG (Rechte anderer)zu bewahren gilt. Weiter besteht die Gefahr, daß die über das Durchschnittsmaß von der Rspr. vollzogene Ausschaltung der Sachverständigen zu einem Verfall an den empirischen Durchschnitt führt. Die vermeintliche Parallele zur Anstandsformel in Gestalt der Durchschnittsformel (Durchschnittsmaß an Redlichkeit und Anstand) trügt. Bei letzterer kann der (sachverständige) Richter bestimmte Ansichten als unbillig außer Betracht lassen, aber bei der Schönheitsformel ist mit den Sachverständigen auch eine solche Korrektur ausgeschlossen.

Unrichtig ist auch die Ansicht des BVerwG [34], man müsse aus rechtsstaatlichen Gründen auf den gebildeten Durchschnittsmenschen abstellen, weil nur so ausreichend bestimmt sei, was das Gesetz vom Einzelnen erwarte. Das ist schon von der Lösung des Gerichts her nicht ganz verständlich. Bestimmt ist die Norm dann nur für einen gebildeten Durchschnittsmenschen, aber wer hat die Garantie, daß er zu diesem Kreis gehört und was ist mit denen, die nicht zu ihm zählen ? - Außerdem übersieht das Gericht, daß es auf das Verständnis des Einzelnen, was das Gesetz von ihm fordert, nicht unbedingt ankommt. Daraus, daß die Masse von Statik nichts versteht, können keine Rückschlüsse auf die beim Bauen einzuhaltenden Sicherheitsvorkehrungen gezogen werden, und wer nicht weiß, wie ein Haus der Umgebung anzupassen ist, muß eben einen Architekten aufsuchen, den er meist sowieso braucht. Das Argument der Undeutlichkeit der Norm wendet sich also letztlich gegen das BVerwG selbst. Vielleicht könnte man das Abstellen des BVerwG auf den vagen "offenen Betrachter" als rechtsstaatswidrig ansehen, keinesfalls aber die hier vertretene Lösung, die vom Urteil der Sachverständigen, die ich im Gegensatz zum BVerwG [34] mit den Architekten für genügend bestimmt halte [35], ausgeht.

---

33) RGSt 32, 418 (419). 34) BVerwG 2, 172 (175) bzw. 177.

35) Sicher gibt es auch innerhalb der Architekten abweichende Ansichten, wie es unter den Gerichten unterschiedliche Urteile in gleichen Rechtsfragen gibt. Aber das schließt nicht aus, daß man "Rspr." oder "die Meinung der Architekten" als geschlossenes Ganzes ansieht.

B DIE ANSICHTSFORMEL IM BEREICH VON ZUCHT UND SITTE

Die Richtigkeit der bei der Anstandsformel gewonnenen Ergebnisse ließe sich noch an weiteren Beispielen demonstrieren. So läßt sich bei dem im 13. Abschnitt des StGB gebrauchten Begriff "Unzucht" nicht nur die Ausbildung einer ähnlichen Formel (Schamgefühl züchtig Denkender) [36] aufweisen, sondern auch ihre Demokratisierung [37] und Verabsolutierung [38].

Gemeinsam ist diesen Bezugnahmen auf innerhalb der Rechtsordnung nicht konkretisierte Werte die Spannung zwischen ungewissem Sollen und empirischem Verhalten. Diese Polarität ist ständig in der Gefahr, daß entweder nur noch die Ungewißheit des Wertes gesehen wird und die Gebote willkürlich gesetzt werden oder daß nur noch der Verläßlichkeit und Nachprüfbarkeit der Fakten vertraut wird und damit die Wertung eliminiert wird. Die fruchtbare Spannung bleibt er-

---

36) vgl. RGSt 40, 178: "Abbildungen sind unzüchtig ..., sofern sie ... geeignet sind, das im Volke herrschende normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen".

37) vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1950, 958 (959): "Er (der Senat) verkennt ... nicht, daß von weiten Kreisen der Bevölkerung jeder außereheliche Geschlechtsverkehr als gegen Zucht und Sitte verstoßend empfunden wird. Es kann aber auch nicht in Abrede gestellt werden, daß nach den Anschauungen nicht unerheblicher, weder örtlich noch soziologisch begrenzter Teile der Bevölkerung, denen sittliches Empfinden und sittlicher Ernst nicht abgesprochen werden können, der Beischlaf unter Personen, zwischen denen ein ernst gemeintes, von beiden Teilen als bindend empfundenes und auf dauernde Lebensgemeinschaft gerichtetes Verlöbnis besteht, nicht unbedingt als ein Verstoß gegen Zucht und Sitte zu betrachten ist. Eine Entscheidung darüber zu treffen, welche dieser das Gebiet der Moral betreffenden Anschauungen, von denen jede für sich eine sittliche Berechtigung in Anspruch nimmt und nehmen kann, im Bereich der Rechtsordnung, insbes. der §§ 180, 181 StGB, zu gelten hat, liegt außerhalb der Aufgaben des Richters. Dies ist in einem auf dem Prinzip der Dreiteilung der Staatsgewalt aufgebauten demokratischen Staat ausschließlich Aufgabe des Gesetzgebers. Solange aber dieser wie in dem in Rede stehenden Falle eine Entscheidung nicht getroffen hat, muß, soweit es sich um den Bereich des Strafrechts handelt, von der dem Angeklagten günstigeren milderen Auffassung ausgegangen werden".

38) BGH GrS St 6, 46 ff. (Verlobtenfall), dazu schon oben § 3 Anm. 15 - 17.

halten, wenn in Grenzfällen ein Sachverständiger eine Entscheidung wagt, die nicht nachprüfbar und doch nicht Willkür ist, sondern den Appell an die anderen enthält, nachzufolgen und nachzuvollziehen.

LEBENSLAUF

Am 4.10.1936 wurde ich als Sohn des Textilchemikers Dr. Herbert Arzt und seiner Ehefrau Martha, geb. Bauer, in Tübingen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach 4-jährigem Besuch der Volksschule in Reutlingen besuchte ich von September 1946 bis September 1951 das Friedrich-List-Gymnasium in Reutlingen und anschließend das Neusprachliche Gymnasium Schopfheim. Dort legte ich am 18. März 1955 die Reifeprüfung ab.

Mit dem Sommersemester 1955 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Am 1. Juli 1959 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1. August 1959 stehe ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.
Seit dem 1.1.1962 bin ich als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle an der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität Tübingen bei Herrn Professor Dr. Baumann tätig.